

Handbuch

des

Römischen Erbrechtes.

Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis

bearbeitet

von

Dr. Theodor Schirmer,

ao. Professor der Rechte an der Universität zu Breslau.

Erster Theil:

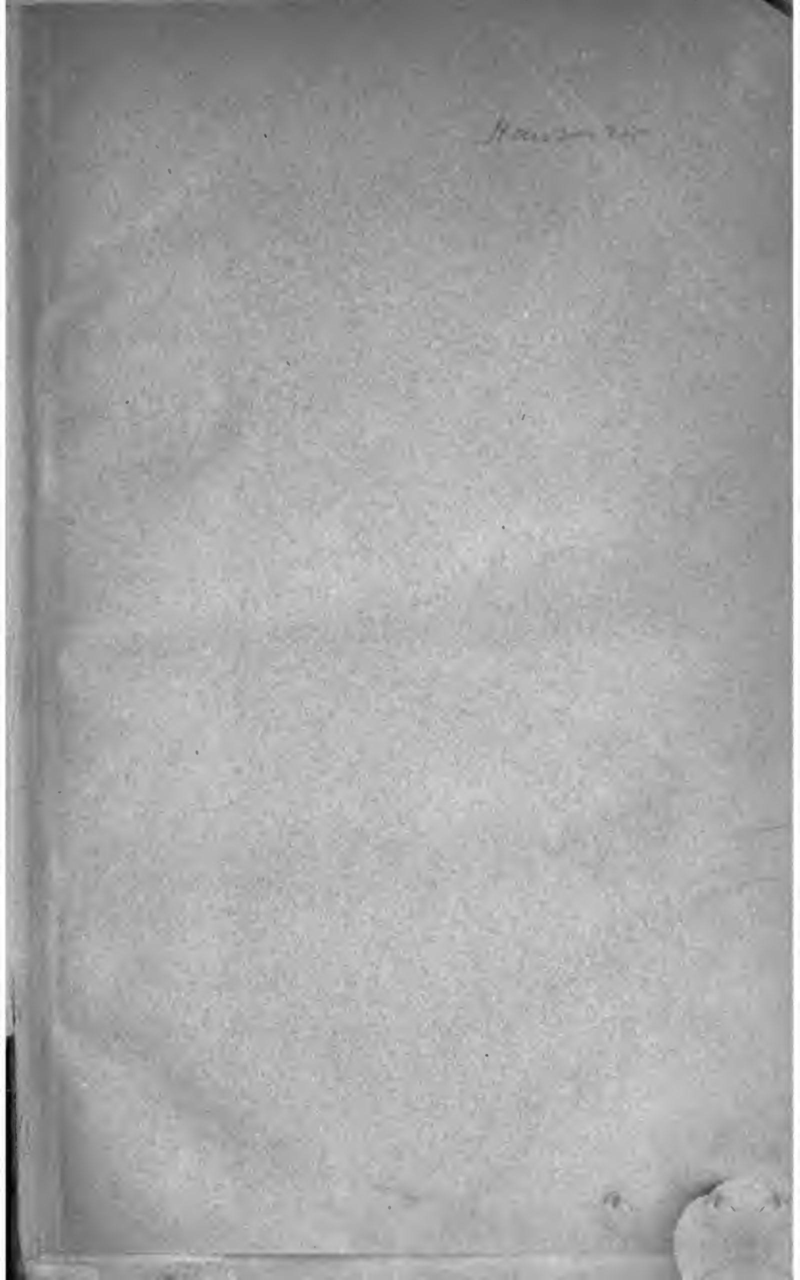
Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend.

Leipzig, 1863.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Schirmer





Handbuch

des

Römischen Erbrechtes.

Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis

bearbeitet

von

Dr. Theodor Schirmer,
ao. Professor der Rechte an der Universität zu Breslau.

Erster Theil:

Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend.

Leipzig, 1863.
Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Vorwort.

Unstreitig ist eine neue und umfassende systematische Bearbeitung des heutigen Römischen Erbrechtes ein seit längerer Zeit gefühltes Bedürfniss. Das was die Litteratur bisher an derartigen Werken bot, war theils veraltet, theils unvollendet, theils überhaupt nicht darauf berechnet, das gesammte für diese Lehre vorliegende Material sichtend und ordnend zu umfassen.

Indem der Verfasser sich dieser gewiss nicht leichten Aufgabe unterzog, verfolgte er hauptsächlich einen doppelten Gesichtspunkt. Es kam ihm einmal darauf an, den Römischen Quellenschatz nach Kräften erschöpfend auszubeuten. So viel auf diesem Felde auch bisher, sonderlich in neuerer Zeit geschehen ist, so schien ihm doch gerade für das Erbrecht noch Manches zu thun übrig, noch mancher Gewinn zu erzielen. Auf Entschuldigung darf der Verfasser wohl rechnen, wenn das Bestreben, den quellenmässigen Stoff nicht unbenutzt zur Seite liegen zu lassen, ihn vielleicht manchmal tiefer in geschichtliche Erörterungen hinein geführt hat, als diess für ein Handbuch des geltenden Rechtes unbedingt nothwendig erachtet werden möchte. Ist doch eben im Erbrechte bei dessen eigenthümlicher historischen

Entwickelung die richtige Grenze zwischen zu eingehender und zu geringer Berücksichtigung des geschichtlichen Elementes schwerer inne zu halten, als in anderen Theilen des Rechtssystemes.

Neben dem nochmaligen selbständigen Durchforschen der Römischen Quellen war das Augenmerk des Verfassers zweitens darauf gerichtet, mehr als bislang geschehen, den Veränderungen nachzuspüren, welche das Justinianische Recht seit seinem Wiederaufleben unter den abendländischen Völkern und namentlich bei und seit seiner Reception in Deutschland erlitten hat. Diess hatte allerdings seine grossen Schwierigkeiten, die ebenso sehr durch den Mangel an ausreichenden Vorarbeiten, wie durch die nothwendige Ausdehnung der betreffenden Untersuchungen veranlasst wurden. Sollte das Buch nicht über die gebotenen Grenzen hinaus anschwellen, so musste hier streng Mass gehalten werden. Schon aus diesem Grunde war es unmöglich, eine vollständige Dogmengeschichte jeder einzelnen Lehre zu entwerfen. Der Verfasser hat darum vorzugsweise sich auf die Deutschen Practiker beschränkt, es aber doch nicht unterlassen, wo sich eine passende Gelegenheit dazu bot, namentlich wo die einheimischen sich ersichtlich an die Italienischen Juristen, besonders den seiner Zeit in Deutschland viel gebrauchten Mathäus Mathesilanus anschliessen, auf diese Gewährsmänner zu verweisen. Für eine kritische Behandlung des Stoffes genügte jedoch die blosse Aufzählung der Namen der Autoren, welche sich für die eine oder andere Ansicht entscheiden, selbstverständlich nicht. Es ist bekannt, welch' arger

Missbrauch früher mit dem *„praxin testantur“* getrieben wurde. Der Verfasser hat es sich deshalb angelegen sein lassen, die Beläge für die von ihm behauptete Praxis, so viel nur möglich, durch Allegierung von Urthelssprüchen und Rechtsgutachten zu erbringen. Dass sich hierbei manche Lücken ergeben werden, die späterer Nachbesserung bedürftig sind, soll nicht in Abrede gestellt werden, doch ist die Hoffnung auf Nachsicht für einen ersten derartigen Versuch wohl nicht ungerechtfertigt. Sehr viel spärlicher sind particularrechtliche Bestimmungen zu dem Ende angezogen. Bei der eigenthümlichen Vermischung Römischer und Deutscher Rechtsanschauungen in den Landesgesetzen und Ortsstatuten ist für die Würdigung jedes einzelnen in ihnen enthaltenen Rechtssatzes ein solches Detailstudium derselben erforderlich, dass man es dem Romanisten billiger Weise nicht mehr zumuthen kann.

Dass die vorhandene Litteratur bestmöglichst ausgenutzt wurde, braucht kaum erst versichert zu werden. Zum Theil geben die Citate in den Anmerkungen Aufschluss über den Gebrauch, der von ihr gemacht ist. Indessen musste mit solchen Anführungen ziemlich sparsam umgegangen werden, um nicht einen am Ende doch wenig nutzbaren Ballast in dem Buche anzuhäufen; es ist daher bloss das Bedeutendste aus der dem Verfasser zugänglichen Litteratur dort namhaft gemacht. Vielfach reichte schon der einfache Hinweis auf Andere, besonders auf die so reichhaltigen Notizen in Glück's Intestaterbrecht aus. Schmidt's formelles Notherbenrecht ist dem Verfasser erst nach Beendigung des Druckes

zugegangen und in das System des heutigen Römischen Erbrechtes von Köppen hat er erst heute einen Blick thun können, der ihn freilich überzeugte, dass diess Werk nach Anlage und Ausführung sich von dem vorliegenden so wesentlich unterscheidet, dass beide einander kaum im Wege stehen.

Es wird nicht überflüssig sein, von einigen älteren oft erwähnten und mitunter bloss nach den Seitenzahlen citierten Büchern die Ausgaben zu nennen, deren der Verfasser sich bedient hat. Es sind folgende: *Wernher, Selectae obseruationes forenses. Tom. I. II. Jenae et Lipsiae* 1756. *Tom. III. Jenae* 1749. *fol. Struuius, Syntagma. Francof. et Lips.* 1718. *Berger, Oecon. iuris. Lipsiae* 1741. Ebenso sind die Citate der Seitenzahlen aus Puchta's Institutionen und Vorlesungen der zweiten, die aus Sintenis Civilrecht der ersten Auflage entnommen. Im Uebrigen sind durchweg die bis heute neuesten Editionen den Anführungen zu Grunde gelegt.

Der zweite Theil dieses Erbrechtes, die testamentarische Delation, und die Lehre vom Erbschaftserwerbe enthaltend, soll hoffentlich in nicht allzu langer Zeit nachfolgen. Mit dem Schlusse des Ganzen im dritten Bande wird ein ausführliches Sach- und Quellenregister ausgegeben werden.

Schliesslich meinen Dank allen Denen, die mich bei meiner Arbeit so zuvorkommend wie unermüdlich unterstützten und förderten.

Breslau, den 17. October 1862.

Dr. **Schirmer.**

Inhaltsübersicht.

II. Abschnitt. Delation des Erbrechts.

Erstes Kapitel. Intestaterbfolge.

Seite

Berichtigungen.

S. 34 Z. 6 v. u. statt 1853 lies 1833.
- 153 - 6 v. o. - Tertullius lies Tertullus.
- 189 - 17 v. o. - *τῆν* lies *τὴν*.
- 189 Anm. 155 Z. 2 statt *κλερονομίᾳ* lies *κληρονομίᾳ*.
- 227 Z. 19 v. u. statt *Εἱ* lies *Εἰ*.
- 262 - 4 v. u. - *βαδμοῦ* lies *βαθμοῦ*.
- 263 Anm. 23 Z. 1 v. u. statt widerholen lies wiederholen.

Handbuch

des

Römischen Erbrechtes.

Erster Theil.

Einleitung.

Wenn man mit Savigny [1]) das characteristische Merkmal einer Monographie im Gegensatze zu einem umfassenden Rechtssysteme darein zu setzen hat, dass in jener „der Standpunkt eines einzelnen Rechtsinstitutes willkürlich gewählt wird, um von diesem aus die Beziehungen zu dem Ganzen zu erkennen", so wird jede Darstellung des heutigen Römischen Erbrechtes auf den Namen einer Monographie kaum einen Anspruch machen dürfen. Die genannte Lehre bildet einen der grossen natürlichen Hauptabschnitte unseres Rechtssystemes. Deshalb muss der Unterschied beider Arten der wissenschaftlichen Behandlung sich bei ihr auf ein Minimum herabdrücken. Es kann höchstens noch darauf ankommen, die Stellung derselben zu dem Ganzen richtig anzugeben, um dann, mag die Anordnung des Details wie auch immer beschaffen sein, die Arbeit nur als einen Theil eines vollständigen Systemes erscheinen zu lassen. —

Das Erbrecht ist eine dem Privatrechte angehörige Materie; es hat es nicht wie das Familienrecht mit einer Herrschaft über Personen, sondern gleich dem Sachen- und Obligationen-Rechte mit einer Herrschaft über Vermögen zu thun; es schliesst sich mit ihnen unter den gemeinschaftlichen Begriff des Vermögensrechtes zusammen [1a]). Allein einmal ist das Herrschaftsobject in den gedachten Disciplinen doch nicht dasselbe mit dem des Erbrechtes; dort handelt es sich um einzelne Vermögensbestandtheile, hier um das Vermögen als Ganzes.

[1]) System d. heut. Röm. R. Bd. I. p. XL.

[1a]) Mayer, Erbr. §. 1. Anm. 1. will das Erbrecht wegen *L. 63. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.* nicht zu den Vermögensrechten zählen. Allein es handelt sich an dieser Stelle bloss um den Begriff des *locupletior*, den Gegensatz zwischen einem schon gemachten Erwerbe, und der blossen Möglichkeit des Erwerbes.

Zweitens ist das Verhältniss zwischen Rechtsobject und Subject beide Mal ein anderes; sonst bildet die Person das Stetige und Bleibende, die selbstverständliche Voraussetzung für die Existenz der einzelnen Vermögenspartikeln; diese sind das Wechselnde und Zufällige. Hier haben wir die letzteren in ihrer Gesammtheit als das Dauernde zu betrachten, während das Rechtssubject sich ändert. Das Erbrecht tritt als „successives Vermögensrecht" dem Sachen- und Obligationen-Rechte als „gleichzeitigem" gegenüber. Die vermögensrechtliche Herrschaft des Individuums, welche ohne das zeitlich begrenzt und an dessen endliches Dasein gebunden wäre, erlangt durch das Erbrecht eine Ausdehnung noch über den Bestand der physischen Person hinaus, und damit zugleich eine intensive Erhöhung. Das Erbrecht zeigt sich somit als letzte „Vollendung des Rechtsorganismus", als Schlussstein des gesammten Systemes [2]).

Freilich gilt das nicht in gleichem Masse von der Entwickelung, welche das Erbrecht bei den Römern durchgemacht hat. Verschiedenen Rechtsquellen entflossen ist dasselbe noch unter Justinian zu keinem gleichförmigen Ganzen zusammengeschmolzen. Die Justinianische Gesetzgebung hat vielfach erst begonnen, die abweichenden und häufig einander widersprechenden Principien jener Rechtsmassen zu einer inneren Einheit zu verarbeiten. Das Erstarren des Römischen Rechtslebens bald nach jenem Kaiser hat jede weitere Durchführung dieser Aufgabe verhindert. So ist das Erbrecht unfertig und unvollendet geblieben [3]). Es ist deshalb hier vorzugsweise ein Zurückgehen auf die geschichtliche Grundlage der jetzt geltenden Rechtssätze erforderlich, um zu einem einigermassen klaren Verständnisse der Gebilde des Justinianischen Rechtes zu gelangen [4]). Beides, diese Nothwendigkeit einer mehr historischen Durchdringung des Stoffes, wie der oben dar-

---

[2]) Namentlich auch, sofern das Familienband mit dem Verstorbenen das Erbrecht der Ueberlebenden bedingt, vgl. überhaupt v. Savigny a. a. O. p. 380 ff. Puchta, Vorles. Bd. II. §. 446.

[3]) Vgl. z. B. hinsichtlich des Notherbenrechtes Francke, Das Recht d. Notherben p. 4.

[4]) S. auch Rosshirt, Einl. in d. Erbrecht p. 3. 4.

gelegte sachliche Gegensatz rechtfertigt eine Abtrennung des Erbrechtes von dem übrigen Pandectenrechte, nicht bloss hinsichtlich der academischen Vorträge, wo sie ja längst hergebracht und durch anderweitige Gründe selbst geboten ist, sondern auch für die schriftstellerische Behandlung.

Die im Folgenden beobachtete Anordnung ist im Wesentlichen die der neueren Pandectenlehrbücher. Einer ausdrücklichen Befürwortung derselben wird es nicht bedürfen. Der Anfang ist auch hier mit gewissen allgemeinen Lehren zu machen. Dann wird von der Delation, demnächst vom Erwerbe des Erbrechtes zu reden sein. Viertens sind die Rechtsverhältnisse des Erben darzustellen, fünftens soll vom mittelbaren Erbrechte, sechstens vom Notherbenrechte, endlich von einigen, dem eigentlichen Erbrechte ähnlichen Successionsfällen gehandelt werden.

Die Römischrechtlichen Quellen für unsere Materie finden wir an nachstehenden Orten:

Gai. Inst. Lib. II. §. 97. bis *Lib. III. §. 87.*
Vlpiani Tit. XX. bis *XXIX.*
Paulli recept. Sent. Lib. I. Tit. 18. (de familia herciscunda) Lib. III. Tit. 1. bis *Lib. IV. Tit. 11.*
Fragm. Modestini ex lib. III. regular. tit. de bonis libertor. et de testamentis.
Cod. Gregor. Tit. de inoff. testam. II. 6. Tit. de Hered. Pet. III. 1. de fam. erc. et comm. div. III. 6.
Cod. Hermog. Tit. 2. 11. 12.
Collat. leg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. (de legitima successione.)
Cod. Theodos. Lib. II. Tit. 19. bis *22.; Tit. 24. Lib. IV. Tit. 1.* bis *4. Tit. 21. Lib. V. Tit. 1.* bis *4.*
Nou. Theod. II. Tit. 16. 22. Valent. III. Tit. 3. 20. 24. Martiani Tit. 5. Maioriani Tit. 6. (ed. Haenel.)
Edict. Theodorici Tit. 23. bis *33. Tit. 72. (ed.* Rhon.)
Lex Roman. Burgund. Tit. X. Tit. XXVIII. Tit. XLV. (ed. Barkow.)
Gai. epitomat. Lib. II. Tit. 2. bis *8.*
Inst. Iust. Lib. II. Tit. 10. bis *25., Lib. III. Tit. 1.* bis *9.*

1*

Digest. Lib. 5. Tit. 2. bis *6., Lib. 10. Tit. 2. Lib. 28.* bis *38., Lib. 43. Tit.* 2. und *3.*

Codic. Lib. III. Tit. 28. bis *31., Tit. 36. Lib. VI. Tit. 9.*[5]) bis *50. Lib. VIII. Tit.* 2. und *3.*

Nou. Iust. 1. Nou. 2. c. 3. Nou. 12. 18. Nou. 22. c. 22. 26. 46. bis *48. Nou. 48. Nou. 53. c. 6. Nou. 73. c. 9. Nou. 87. Nou. 89. c. 4. 5. 6. 12. 13. 15. Nou. 90. 92. 97. c. 5. Nou. 107. 115. c. 3. 4. 5. Nou. 118. 127. Nou. 131. c. 9.* bis *12. Nou. 158. 164.*

Von den späteren Quellen des gemeinen Rechtes sind noch hervorzuheben die drei Titel des *corpus iuris canonici „de testamentis et ultimis uoluntatibus“* (*Decr. Greg. IX. Lib. III. Tit. 26. Libri VI. Decretal. III. 11. Clementin. III. 6.*), die Notariatsordnung von 1512 und die Reichsconstitution Kaiser Karl *V.* aus dem Jahre 1529.

Was nun das System anlangt, nach welchem das Erbrecht in den oben namhaft gemachten Römischen Schriftstücken entwickelt wird, so ist diess in der Hauptsache überall dasselbe. Testament, Legat und Fideicommiss, civile Intestatsuccession, *bonorum possessio* sind die vier Rubriken, die stets, wenn auch nicht immer in der gleichen Reihenfolge wiederkehren. Bald ist die *bonorum possessio* wie bei Paullus, im Theodosischen und Justinianischen Codex vorangestellt; bald folgt dieselbe wie bei Gaius, Ulpian und in den Justinianischen Institutionen am Ende; je nachdem der Autor von dem *ius honorarium* oder *ciuile* ausgieng. In den Digesten ist sie mit dem civilen Intestaterbrechte zusammengelegt. Das letztere findet seinen Platz bald hinter den Fideicommissen, als Erbfolge ohne den Willen des Verstorbenen; bald wie bei Sabinus und in Marcian's Institutionen[6]), deren Einrichtung noch aus

---

[5]) Erst von Titel 9. nicht von Titel 1., wie in der ersten Ausgabe von Arndts Pandecten §. 463. Anm. München 1852 angeführt ist, hebt das Erbrecht an, wenn gleich einzelne der vorhergehenden Titel (4. und 5.) in des Paullus *receptae sententiae (Lib. III. Tit. 2. u. 3.)* zum Erbrechte gehören. Im Codex sind sie offenbar in einen anderen Zusammenhang gebracht.

[6]) Vgl. Leist, Versuch einer Gesch. d. Röm. Rechtssyst. Taf. I. u. II. zu S. 44 u. 56.

den dem Marcian und dem Ulpianischen Sabinuscommentare entnommenen Digestenfragmenten erkennbar ist, als civile Universalsuccession vor den Legaten[7]). Die erbrechtlichen Klagen dagegen sind im Edicte und den daran sich anschliessenden Werken, wo sie allein eine ausführlichere Besprechung finden, von dem materiellen Erbrechte losgerissen und nach den diese beherrschenden Gesichtspunkten der Masse der übrigen Rechtsmittel eingereiht. Die Einfügung des Erbrechtes unter die übrigen Lehren ist im Edicte nach einem rein äusserlichen Grunde erfolgt; man liess es auf die zu den prätorischen Missionen gehörige *bonorum possessio* folgen[8]). In den Regeln Ulpian's[9]), den Institutionen des Gaius und Justinian ist das Erbrecht zu der *pars de rebus* geschlagen und beginnt die *acquisitiones per uniuersitatem*[10]). Die Civilrechtsbücher endlich beginnen mit dem Erbrechte, ein Anfang, der uns allerdings befremdet, der indessen seine historischen Veranlassungen eben so gut haben wird, wie solche in neuerer Zeit für das Edict nachgewiesen sind, wenn uns gleich bisher noch das Material zur Beantwortung dieser Frage gefehlt hat[11]).

---

[7]) S. Leist, *Bonorum possessio.* Bd. II. Abth. 2. p. 286. 287. Rechtssyst. p. 69.

[8]) Vgl. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. I. p. 270 ff. Mommsen in Bekker's Jahrb. Bd. II. p. 323 ff. Die im Texte ausgesprochene Behauptung lässt übrigens ersehen, wie ungenau Rudorff's Aeusserung ist, dass im Edictssysteme „Testament und Legat die erbrechtliche Mission *(Bonorum Possessio)* einleiten" (a. a. O. p. 271.). Zweifelhaft ist es mir auch, ob wirklich, wie Leist, Rechtssyst. p. 69. Anm. 5. meint, noch bei Justinian's Compilatoren der Gegensatz von testamentarischer und Intestatsuccession das System in klarer Ausprägung beherrschte.

[9]) S. Mommsen in Böcking's neuester Ausgabe des Ulpian. (Lipsiae 1855) p. 111.

[10]) *Gai. Inst. II.* §. *97. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur .... uideamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur.* §. *98. Si cui heredes facti sumus, siue cuius bonorum possessionem petierimus, ... eius res ad nos transeunt.* §. *99. Ac prius de hereditatibus dispiciamus ....* Fast buchstäblich sind hiermit gleichlautend die Justinianischen Institutionen §. *ult. I. per quas pers. II. 9.*

[11]) Es liegt nahe, dabei ein Anschliessen an das System der XII Tafeln zu vermuthen. Allein auf wie schwachen Füssen alle bisherigen Recon-

Unsere **Litteratur** ist an Schriften, welche das Erbrecht vollständig und ausschliesslich darstellen, nicht eben reichhaltig. Es verdienen etwa genannt zu werden:

F. G. A. Lobethan, Vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge. Halle 1779.

L. G. Madihn, *Principia iuris Romani de successionibus s. de iure hereditario. Ed. sec. Francof. ad Viadr. 1792.*

L. F. v. Dalwigk, Versuch einer philosophisch juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des Röm. Rechts, neuerer Gesetzgebungen u. s. w. 3 Thle. Wiesbaden 1820. 1822.

Ed. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. Bd. II. Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. Berlin 1825.

A. C. H. von Hartitzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten. Leipzig 1827.

J. F. Hunger, Das Römische Erbrecht. Erlangen 1834 [12]).

M. S. Mayer, Die Lehre von dem Erbrechte nach dem heutigen röm. Rechte. Thl. I. Berlin 1840 [13]).

F. W. K. Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts. Jena 1860.

F. H. Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung. Heidelberg 1861.

Von allen diesen Büchern, so verschiedenartig sie auch nach Anlage und Durchführung sind, giebt doch keines das für unsere Lehre aufgehäufte Material, sowohl das in den Quellen, als das in der Litteratur enthaltene, in solcher Vollständigkeit, wie sie für ein Handbuch des Erbrechtes wünschenswerth erscheint. In mehr als einer Hinsicht ist hier immer noch die Bearbeitung dieser Doctrin in Donell's Commentaren [14]) das Beste, was wir besitzen.

---

structionen dieses Systemes stehen, kann Niemandem verborgen bleiben; um so mehr hat man sich vor weiteren Folgerungen daraus zu hüten.

[12]) Diess Buch ist insofern unvollständig, als die Lehre von den erbrechtlichen Singularsuccessionen keinen Platz darin gefunden hat.

[13]) Eine Fortsetzung dieses Werkes, dessen erster Theil nur die universelle Nachfolge von Todes wegen umfasst, bildet desselben Verfassers „Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Erste Abth. Tübingen 1854."

[14]) *Lib. VI—IX. cap. 1—4.*

Erster Abschnitt. Allgemeine Lehren *).

§. 1. **Begriff des Erbrechtes** [1]).

Das Erbrecht hat es mit dem Uebergange des Vermögens als einer Gesammtheit von einem Subjecte auf ein anderes zu thun. *Hereditas*, heisst es in *L. 62. D. de R. I. 50.17.*, *nihil aliud est, quam successio in uniuersum ius, quod defunctus habuerit* [2]). Nur ausnahmsweise findet eine solche Succession in das Vermögen noch lebender Personen Statt [3]), und jedenfalls wird sie unter dem Ausdrucke Erbrecht nicht mit begriffen. Diess bezeichnet vielmehr den Inbegriff der Rechtsregeln über den (durch ihren Tod veranlassten [3a]) Eintritt in das Vermögen Verstorbener. — Ein solches Vermögen, sofern es von einem Ueberlebenden erworben werden soll, oder schon erworben ist, nennen wir

---

*) Rosshirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts. Landshut 1831. Auch gehören hierher die ersten fünf Paragraphen von Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. Zweite Aufl. Erlangen 1822.

[1]) S. ausser den betreffenden Stellen der oben angeführten Litteratur und der Pandectenlehrbücher besonders Arndts im Rechtslexicon von Weiske. Art. „Erbschaft." Bd. IV. p. 1—26. Art. *heres* Bd. V. p. 238—241.

[2]) Fast völlig gleichlautend mit dieser aus dem 6ten Buche von Julian's Digesten herrührenden Stelle ist *L. 24. D. de V. S.* aus *Gaius Lib. VI. ad Ed. prou.*

[3]) Daher die Rechtsparömie „*hereditas uiuentis nulla est, non datur* u. s. w. *cf. L. 1. D. de hered. u. act. uend. 18. 4. L. 27. D. de A. u. O. H. 29. 2.*

[3a]) Dieser Zusatz schliesst die Succession durch *bonorum emtio* eines überschuldeten Nachlasses *(Gai. III. §. 78.)* oder erblosen Vermögens aus dem Begriffe des Erbrechtes aus. Daher mit Recht schon Cicero, *Top. c. 6.* „*Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam peruenit*", s. auch Brinz, Pand. Bd. II. p. 659. Mit dem Verschwinden der *bon. emt.* wurde der Hinweis auf den Anlass der Succession entbehrlich.

Erbschaft; den Erwerber den Erben; sein Recht zu und aus diesem Erwerbe sein Erbrecht (im subjectiven Sinne), den Verstorbenen Erblasser. —

Etwas verwickelter ist die Römische Terminologie. *Hereditas* wird uns definiert als: *successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit*, d. h. als das subjective Recht des Erben aus dem Erbschaftserwerbe, als *ius successionis* (*L. 208. D. de V. S. 50. 16*[4]), nicht als *ius succedendi*[4a]). Synonym damit ist der Ausdruck *bona* in der Zusammenstellung *bonorum possessio* (*L. 3. pr. D. de B. P. 37. 1. L. 208. D. de V. S. 50. 16.*). Daneben hat aber *hereditas* noch eine zweite Bedeutung; man versteht darunter die Erbschaft, den Nachlass. So sagt Cicero *Top. c. 6. §. 29. Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam peruenit;* aber auch in den juristischen Quellen wird das Wort unendlich oft ebenso gebraucht, namentlich, wo von der reellen Theilung unter die Miterben (*§. 20. I. de actionib. IV. 6. L. 2. pr. D. fam. erc. 10. 2.*) oder der Restitution der Erbmasse bei der *hereditatis petitio* (*L. 5 pr. D. de H. P. 5. 3*) die Rede ist, und sonst (*L. 48. pr. D. de H. I. 28. 5.*). In demselben Sinne kommt daneben vor das schon erwähnte *bona* (*Gai. Inst. III. §. 48. 49.*) *familia*[5]) (*L. 195. §. 1. D. de*

---

[4]) Vgl. Arndts, Beiträge p. 16—18. Wunderlich ist das Verständniss dieser Definition durch Donellus, *Comm. iur. ciu. Lib. VI. cap. 2. §. 7.* „*hereditatem successionem esse, id est, rem, quae in ius uniuersum defuncti successerit, uniuersitatem esse, quae tamquam domina per successionem id ius obtineat, et locum defuncti*“. Das widerspricht dem, was in *L. 208. cit.* und *L. 1. §. 1. D. de R. D. 1. 8.* gesagt ist, die *hereditas* sei ein „*ius successionis*“, auch würde diese Definition von allen anderen inneren Widersprüchen abgesehen (vgl. Arndts, a. a. O. p. 17. Anm. 23.) höchstens auf die *heredes uoluntarii* passen.

[4a]) So freilich *Theophil. Paraphr. Lib. II. Tit. 2. §. 2.* vgl. Köppen, Erbsch. p. 96. Anm. 18. Dass diess aber nicht die Meinung des Africanus in *L. 208. D. de V. S.* war, beweist der Gegensatz „*non singulares res.*“ Und das „*ipsum ius hereditatis*“ in den Institutionen Justinian's anders zu verstehen, haben wir durchaus keinen Grund.

[5]) *Hereditas* und *familia* unterscheiden sich wieder so, dass jene die dem Erben zugewendete sächlichere, *familia* die dem Erblasser zugewendete persönlichere Seite der Erbschaft ist, vgl. Huschke, im Rhein. Museum Bd. VI. p. 278 f. Vering, die eigenthümlichen Grundlagen des civilen römischen Erbrechts. Heidelberg 1857. p. 52. 53. M. a. W.

V. S. 50. 16. Vlp. XXVI. §. 1.) *uniuersum ius, quod defunctus habuit* (*L. 24. D. de V. S. L. 62 D. de R. I. 50. 17*) *res* (*L. 16. D. de legat. praest. 37. 5. L. 2. §. 8. ad Sc. Tertull. 38. 17. Vlp. fr. XI. §. 14.*), *pecunia* (*Vlp. XI. §. 14. Cic. de legib. II. c. 19. §. 48.*), ja selbst *successio.* (*L. 10. C. fam. erc. III. 36.*). In beiden Bedeutungen, der ersteren subjectiven, wie der letzteren objectiven hat übrigens *hereditas* (und ebenso *heres*) noch einen verschiedenen Umfang. Im weitesten umfasst sie auch die ausserordentliche Succession juristischer Personen in einen Nachlass. (*L. 1. C. de hereditat. decurion. VI. 62. cf. L. 170. D. de V. S.*), im engeren nur die regelmässige testamentarische und Intestatsuccession, wohin nicht einmal die in ein *peculium castrense* gerechnet wird (*L. 2. §. 1. 2. D. fam. erc. 10. 2.*); drittens ist *hereditas* häufig auf die civile Erbfolge mit Ausschluss der prätorischen beschränkt (*Cic. Top. c. 6. §. 29. . . . peruenit iure. Pr. I. de B. P. III. 9.*; *§. 2. ibid. L. 3. §. 1. D. de B. P. 37. 1. cf. L. 138. D. de V. S. 50. 16.*); endlich heisst es so viel wie „civiles Intestaterbrecht“ (*lex agrar. a. 643. cap. 9. v. 23. cf. L. 3. C. de apost. I. 7*)[6]).

Das Erbrecht hat zu seiner Voraussetzung die Fortexistenz des Vermögens über den Tod des bisherigen Inhabers hinaus. Diese muss in der natürlichen Rechtsanschauung des Volkes begründet sein; sie erst auf künstlichem Wege herbeischaffen, heisst ein künstliches Object für das Erbrecht erzeugen und letzteres selbst für ein in der nationalen Rechtsüberzeugung nicht begründetes erklären. Es ist ein Irrthum, hier von Fictionen zu reden, durch welche die Fortdauer des Vermögens über den Tod des Erblassers bewerkstelligt werden solle. Ihre Aufgabe kann im Erbrechte wie sonst keine andere sein, als die, bestimmte Erscheinungen des Rechtslebens unter eine feste juristische Formel zu bringen[7]).

---

hereditas ist sie nur für den Erben; daher die Verbindung des subjectiven und objectiven Sinnes in den Definitionen *L. 208. D. de V. S. 50. 16.* und *L. 3. pr. D. de B. P. 37. 1.*

[6]) Umgekehrt bedeutet *heres* „Testamentserbe“ in *L. 3 pr. D. de codicill. 29. 7.*

[7]) Vgl. meine *Commentatio de III regulis iuris in hereditate iacente obseruatis etc. Vratisl. 1852. p. 21. 22.* Windscheid, Kritische Ueber-

§. 2. Umfang der Erbfolge [1]).

Gegenstand der Erbfolge ist das *uniuersum ius quod defunctus habuit* (*L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. I.*), das Vermögen als Einheit, als *uniuersitas* [1a]) (*L. 208. D. de V. S. 50. 16. L. 20. §. 10. D. de H. P. 5. 3.*), als Ganzes — nicht gerade das ganze Vermögen — die Summe der vermögensrechtlichen Beziehungen, in denen der Erblasser stand; erst mittelbar (*cf. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10.*) [1b]), die einzelnen diese Summe bildenden Rechte, das *omne ius mortui* (*L. 37. D. de A. u. O. H. 29. 2.*) [2]). Es kommt deshalb nicht darauf an, welcher Art diese Rechte sind, dinglicher oder obligatorischer Natur (*L. 50. pr. D. de H. P. 5. 3. L. 3. §. 1. D. de B. P. 37. 1.*), activ oder passiv (*L. 3. pr. D. eod.*) [3]), um den Begriff der *hereditas*

---

schau Bd. I. p. 186—188. Köppen, Die Erbschaft. Berlin 1856 p. 9—12. Die richtige Auffassung findet sich übrigens schon bei Hunger, Erbr. §. 1 p. 3. 4.

[1]) Vgl. Rosshirt, a. a. O. §. 2. p. 6—8. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Bd. III. §. 506. p. 363 f. Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 1—38.

[1a]) Daher ist die Erbfolge „*successio per uniuersitatem*", wie die Neueren sich auszudrücken pflegen, und wohl zu unterscheiden von dem blossen „*acquirere per uniuersitatem*", wo lediglich eine Summe activer Vermögensrechte in ein und demselben Rechtsgeschäfte erworben wird, wie bei der *arrogatio*, *in manum conuentio*, *Gai. Inst. III.* §. *82—84.* der *in iure cessio* einer schon erworbenen Erbschaft, *ibid.* §. *85—87.* vgl. Arndts, Rechtslex. Bd. VI. p. 1. Anm. 5. „*Succedere per uniuersitatem*" findet sich verhältnissmässig selten in unseren Rechtsquellen, kommt aber doch vor *L. 1. §. 13. D. quod legator. 43. 3.* — Nicht ganz klar ist die Polemik bei Brinz, Pand. p. 654 ff. wider den Ausdruck, das Erbrecht sei ein Recht am Vermögen als ganzen; denn sofern die *uniuersitas* Gegenstand der Succession ist, die einzelnen Rechte in ihrer Vereinzelung nicht einmal des Ueberganges auf den Erben alle fähig sind, bildet sie denn doch wieder ein eigenes Rechtsobject. S. auch *L. 208. D. de V. S.*

[1b]) Vgl. *L. 4. C. de postlim. reuers. VIII. 51.* *quoniam eorum bona — eo demum tempore successionis iure acquiri possunt*... *L. 80. D. de leg. II. 31. — facit — hereditas heredis res singulas. L. 9. §. 12. D. de H. I. 28. 5.*

[2]) *cf. L. 13. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 11. D. de diu. temp. praescr. 44. 3. Seneca, ep. 66. §. 10. (ed. Haase) Bonum omne in easdem cadit leges.* Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. p. 272.

[3]) *L. 119. D. de V. S.* vgl. Neuner, die *heredis institutio ex re certa. p. 5. 6.*

darauf anzuwenden; sie bleibt stets dasselbe abstracte Recht. (§. *2. I. de reb. incorp. II. 2.)*[3a]). Aber nicht alle Rechte sind vererblich, sondern nur die reinen Vermögensrechte. Also nicht 1) Alle Familienrechte[4]). 2) Diejenigen Vermögensrechte, welche wie z. B. die Personalservituten an das natürliche Individuum gebunden sind. *L. 1. §. 43. D. de aq. quotid. 43. 20. — quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum, neque ad heredem uel qualemcunque successorem transit*[5]). 3) Alle Vermögensbeziehungen, welche auf factischen Zuständen beruhen, wie Besitz[6]), Beklagteneigenschaft in der anzustellenden Vindication oder Noxalklage[7]). 4) Diejenigen Rechtsverhältnisse, welche zwar in der Gestalt von Vermögensrechten erscheinen, in Wahrheit aber einen anderen Character an sich tragen, so a) Die Popularklagen (vgl. v. Savigny, System Bd. II. §. 73. p. 131 ff. Mommsen, Die Stadtr. v. Salpensa u. Malaca p. 461—466.). b) Die Klagen, welche vorwiegend die Natur persönlicher Genugthuung oder Strafe aufweisen; also auf Seiten des Klägers die sogenannten *actiones uindictam spirantes*, auf Seiten des Be-

---

[3a]) Dasselbe *iuris nomen*, wie es an einer anderen Stelle heisst. *L. 178. §. 1. D. de V. S. 50. 16. L. 119. eod.*

[4]) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. I. p. 385. Ausnahmen bildeten im älteren Römischen Rechte wegen der überwiegend vermögensrechtlichen Natur dieser Institute: *dominica potestas*, Patronat, *mancipii causa* und Colonat. Genaueres über den Patronat s. bei Mühlenbruch, a. a. O. p. 7. 8.

[5]) Vgl. *L. 46. D. fam. erc. 10. 2. L. 3. §. 3. D. quib. mod. usufr. 7. 4. L. 31. D. de solut. 46. 3. Frontin. de aquaed. c. 107.*

[6]) *L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. 47. 4. L. 23. pr. D. de poss. 41. 2.*

[7]) *L. 42. L. 55. D. de R. V. 6. 1. L. 7. pr. D. de nox. act. 9. 4.* v. Savigny, Syst. Bd. V. p. 203. — Brinz, Pand. p. 653 f. wirft die Frage auf, ob der Besitz zu den Vermögensrechten gehöre, und verneint sie, weil nicht der Besitz an sich, sondern die zufällig damit verknüpften Nebenvortheile allein Geldwerth hätten. Ich fürchte, dasselbe lässt sich vom Eigenthume sagen; nicht das Eigenthum an sich, sondern die zufällig damit verknüpften Nebenvortheile, des Gebrauchens, Verkaufens u. s. w. haben einzig Vermögenswerth.

klagten die zweiseitigen Strafklagen[8]). Auch die einseitigen und die *actiones mixtae* gehen nach Römischem Rechte passiv nur über *in id, quod ad heredem peruenit*[9]) und bloss sofern eben diess nicht schon durch eine rein erhaltende Klage zu erlangen ist. (*L. 2. §. 27. D. de ui bon. rapt. 47. 8.*) Die Praxis gestützt auf anderweitige Verordnungen des canonischen Rechts[10]) gestattet diese Anforderungen jedoch bis auf den Belauf der Erbschaft[11]). Mit der Litiscontestation, jetzt mit

---

[8]) v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §. 230. p. 198—202. Nicht widersprechend ist *L. 10. D. de sepulcr. uiol. 47. 12. — etsi per hereditatem obtingat haec actio* — es handelt sich hier nicht um eine vererbte Klage, sondern ähnlich wie in *L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10.* um eine dem Erben als solchen zustehende *actio;* er ist vermöge seines *ius succedendi* trotz seiner Abstinenz doch *„is, ad quem ea res pertineat“ L. 3. pr. D. eod. cf. L. 6. pr. D. de religios. 11. 7.*

[9]) S. v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §. 211. p. 46—51. *L. 1. §. 23. D. de tut. et rat. distr. 27. 3.* Eine „nicht zu billigende Rechtsregel“ nennt Savigny diese Beschränkung der Vererblichkeit. Das allerdings steht unbestreitbar fest, dass die blosse Strafe, wenn sie gleich zunächst gegen das Vermögen sich richtet, in diesem immer nur das Individuum treffen soll, mit dessen Tode also ihren Zweck nicht mehr erreichen kann. Allein die Verpflichtung zur Entschädigung aus Delicten, meint Savigny, habe eine völlig gleiche Natur mit der aus Verträgen entspringenden, sie trete von dem Augenblicke ihrer Entstehung an in unzertrennliche Verbindung mit dem Vermögen und sei ohne alle Beziehung auf die Individualität oder Empfindung des Handelnden. Ich glaube, gerade diese Regel zeigt uns, dass die Römer hiervon eine andere Anschauung gehabt. Sie stellen sich bei der Frage nach dem passiven Klagenübergange auf den Standpunkt des Erblassers, und für diesen ist die Verpflichtung zur Entschädigung eine Strafe, die er weder direct noch indirect durch seinen Willen übernommen hat, sondern die lediglich das Gesetz ihm auferlegt. So sagen auch die Römer von diesen Rechtsmitteln geradezu *„factum puniunt“ L. 9. §. 1. D. quod fals. tut. auct. 27. 6. „poenae nomine concipiuntur“ L. 7. D. de alien. iud. 4. 7.* u. s. w., s. v. Savigny, a. a. O. Bd. V. p. 43. 44.

[10]) *C. 3. C. 16. Q. 6.; c. 14. X. de sepultur. III. 28. c. 5. X. de raptor. V. 17. c. 9. X. de usur. 5. 19. c. 28. X. de sent. excomm. V. 39.*

[11]) Das canonische Recht verlangte unbedingten Schadensersatz durch den Erben. Auch *c. 5. X. de raptor. — et heredes eius moneas, et compellas, ut his, quibus ille . . . damna contra iustitiam irrogauerat, iuxta facultates suas condigne satisfaciant . . .* sagt nichts Anderes. Die Erben sollen nach dem Masse ihrer Kräfte den von dem Verstorbenen verursachten Schaden bessern. Sprachwidrig, jedoch in Anlehnung an ger-

der Litispendenz (*R. K. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit.* 9. §. *6.*) verwandeln sich übrigens alle diese Klagen in ausschliessliche Vermögensrechte [12]).

§. 3. Hereditas iacens [1]).

Mit diesem neueren Kunstausdrucke [2]) bezeichnet man das Vermögen des Erblassers in der Zwischenzeit zwischen seinem

manische Rechtsanschauungen, bezog man das *iuxta facultates suas* auf das erbschaftliche Vermögen, und so bildete sich die im Texte angegebene Praxis aus, vgl. Francke, Beitr. Abh. I. p. 44—57. v. Savigny, a. a. O. Bd. V. p. 51—54. Mühlenbruch, a. a. O. p. 35 ff. Rosshirt, Dogmengesch. d. Civ.-R. p. 448. Diese Milderung soll nun aber nach Mühlenbruch, a. a. O. p. 37, auch der *condictio furtiua* und den analogen Klagen zukommen. Da indessen die ganze Interpretation des *c. 5. cit.* lediglich auf Gewohnheit beruht, so darf sie um einer wirklichen oder scheinbaren Consequenz willen gewiss nicht über die ihr einmal zugewiesenen Grenzen ausgedehnt werden.

[12]) *L. 26. 58. D. de O. et A. 44. 7. L. 12 pr. D. de V. S. 50. 16. L. 87. L. 139. pr. D. de R. I. 50. 17.*, vgl. Keller, Litiscontest. §. 20. p. 166 ff. und wegen der R. K. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 9. §. 6., deren Vorschrift jedoch nicht schon in *L. 33. D. de O. et A.*, welche von der *extraordinaria cognitio* handelt, gefunden werden darf, Francke, a. a. O. p. 42 ff. Mühlenbruch, a. a. O. p. 37 f. v. Savigny, System Bd. VI. p. 19 ff.

[1]) Vgl. Hübsch, *Disp. inaug. iura hereditatis iacentis exhibens. Viteb. 1682.* Meier, *Disp. de iure hereditatis iacentis. Erf. 1696.* Finestres, *Praelectiones Ceruarienses ad Tit. de A. u. O. H. Pars I. c. 1. 2 Ceruariae Lucetanor. 1750.* Maiansius, *Disput. iur. Tom. II. Disp. 36. Lugd. Bat. 1752.* v. Savigny, System. Bd. II. §. 102. p. 363—373. Mühlenbruch, Pand. Comm. Bd. 43. p. 40—77. Jhering, Abhdl. a. d. Röm. R. Nro. 3. Die Lehre v. d. *hereditas iacens*, Lpzg. 1844. Pfeifer, d. Lehre v. d. jurist. Pers. n. gem. u. würt. R. p. 151 bis 161. Tüb. 1847. Koeppen, *De natura hereditatis nondum aditae. Berol. 1850.* v. Scheurl, Beitr. z. Bearb. d. Röm. R. Hft. I. Nro. 1. Die Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergange auf d. Erben. Erlang. 1852. Schirmer, *De trib. reg. iur. in hered. iacent. obseruatis comm. Vratisl. 1852.* Pagenstecher, Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft. Bd. I. p. 21—36. Hdlbg. 1853. Windscheid, Krit. Uebersch. Bd. I. Heft 2. Nro. VIII. Die ruhende Erbschaft u. d. vermögensrechtl. Persönlichkeit. München 1853. Köppen, Die Erbschaft. Berlin 1856. Windscheid, Die Actio des Röm. Civ.-R. Düsseld. 1856 p. 233—238. Vering, Die eigenthüml. Grundlagen d. civ. röm. Erbr. Hdlbg. 1857.

[2]) In den Quellen finden sich bloss die beiden Zusammenstellungen „*hereditas iacet*“ *L. 13. §. 5. D. quod ui. 43. 24. L. 5. §. 20. D. ut in*

Tode und dem wirklichen Eintritte des Erben [3]). Die Natur der ruhenden Erbschaft ist in der Hauptsache dadurch vollständig bestimmt, wenn man sagt, sie sei ein Vermögen ohne actuellen Herrn. Sie bleibt also einmal ein Vermögen, d. h. sie ist keine auseinanderfallende Masse von Gütern, wird vielmehr als innere Einheit auch ferner zusammengehalten (— *uniuerso hereditatis iure continetur* — *L. 36. D. de stip. seru. 45. 3.)*, entbehrt aber nicht nur der natürlichen [4]), sondern auch der actuellen, d. h. selbstthätig in den Vermögensverkehr eingreifenden Persönlichkeit (*Res hereditariae nullius sunt* [5]),

---

poss. leg. 36. 4. und „*bona iacent*" *L. 1. D. de b. p. furios. 37. 3. L. 1. pr. §. 12. D. de success. ed. 38. 9. L. 4. §. 17. D. de fideic. lib. 40. 5.* Doch schon die Glossatoren gebrauchen *hereditas iacens. Gl. ad L. 20. §. 3. D. de H. P. 5. 3. uerb. hereditati. Gl. ad L. 116. §. 3. D. de legat. I. 30. u. seruo hereditario. Gl. ad L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1. u. nullam.*

3) *Vacuum tempus* in *L. 31. §. 5. D. de usuc. 41. 3.* bezeichnet die besitzlose Zeit.

4) *L. 61. pr. D. de A. R. D. 41. 1. In his sane, in quibus factum personae operaeue substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per seruum potest* ... da, wo ein natürliches Handeln im Rechte erforderlich wird, ist die Erbschaft, weil ihr dazu die Möglichkeit abgeht, zu concurrieren ausser Stande. Darin liegt jedoch noch ein Zweites ausgesprochen: das Recht lässt für die Erbschaft ferner keine Vertretung in jenem Handeln durch andere natürliche Subjecte zu. Schwierigkeit haben die Worte „*operaeue substantia*" verursacht. Mühlenbruch, a. a. O. p. 64. Anm. 5. erklärt sie für gleichbedeutend mit „*factum personae*". Köppen, Erbsch. p. 57. 58. will dafür „*personae substantia*" emendieren und bringt damit den Ausdruck „*sine persona*" in §. 1. *ei. leg.* in Verbindung, wogegen *factum personae* sich auf das im Principium angeführte Beispiel beziehe. Kritisch ist diess Verfahren in keiner Weise gerechtfertigt und sachlich wird damit nichts gewonnen. *Opera* unterscheidet sich von *factum* dadurch, dass es die Thätigkeit als dauernd darstellt, welche *factum* als einen einzelnen Act erscheinen lässt. Jenes, nicht aber dieses passt nun auf den Fall des *ususfructus*, der in einem fortgesetzten Benutzen besteht.

5) *L. 1. pr. D. de R. D. 1. 8. L. 22. D. de neg. gest. 3. 5. L. 18. §. 2. L. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 3. pr. D. de pecul. 15. 1. L. 64. D. de H. I. 28. 5. L. 1. pr. D. de success. ed. 38. 9. L. 13. §. 5. D. quod ui. 43. 24. L. 6. D. expil. hered. 47. 19.* Nicht alle diese Stellen sagen genau dasselbe. Manche, wie *L. 1. pr. D. de success. ed.*, läugnen bloss die Existenz eines natürlichen Herrn; andere können wenigstens

wie sie sogar den juristischen Personen hat zugestanden werden müssen. Blosse Folgerungen hiervon sind es: 1) Dass die ruhende Erbschaft nicht Subject einer Personalservitut sein kann[6]). Das beruht nicht auf dem Mangel der natürlichen Persönlichkeit[7]), sondern darauf, dass alle persönlichen Dienstbarkeiten ein Benutzen der betreffenden Sache zum Inhalte haben, und diess individuelle Bedürfnisse voraussetzt[8]), welche der Erbschaft abgehen, der man einzig ein sächliches Haben zuschreiben darf. 2) Dass sie des Besitzes unfähig ist[9]), den der Verstorbene sowohl *animo* wie *corpore* verloren hat[10]), und den auch kein Repräsentant ihm zu bewahren oder zu erlangen vermag, da es eben an jedem zu vertretenden willensfähigen, oder selbst nur als persönlich willensfähig fingierten[11]) Rechtssubjecte fehlt. — Es ist nicht

---

so gedeutet werden. Am entschiedensten für die im Texte aufgestellte Ansicht sprechen *L. 1. pr. D. de R. D.*, wo das *nullius in bonis esse* der *res hereditariae* noch von dem der *res publicae* unterschieden wird, und *L. 13. §. 5. D. quod ui*, welche die Herrenlosigkeit der *res hereditariae* mit der der *res religiosae* zusammenstellt, und keineswegs bloss die Möglichkeit eines Interesses an beiden als *tertium comparationis* hervorhebt, wie Köppen, Erbsch. p. 77 f., bei seiner Erklärung dieses Fragmentes annimmt; s. noch Windscheid, Actio p. 236. 237.

6) *L. 61. §. 1. D. de A. R. D. 41. 1. Vsusfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per seruum non acquiritur. L. 26. D. de stip. seru. 45. 3. = fr. Vat. §. 55. L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. 7. 3.*

7) Denn für eine juristische Person ist es möglich Personalservituten und namentlich einen Niessbrauch zu bestellen. *L. 56. D. de usufr. 7. 1. L. 21. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. L. 66. §. 7. D. de leg. II. 31. L. 8. D. de usufr. leg. 33. 2.* — Das „*sine persona*" der beiden ersten in der vorigen Note angeführten Fragmente heisst also „ohne Rechtssubject", nicht „ohne natürliche Person".

8) *L. un. §. 2. D. Quando dies ususfr. 7. 3. — in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit.*

9) *L. 1. §. 15. D. si is qui test. 47. 4. — possessionem hereditas non habet, quae est facti et animi* — vgl. §. 2. Anm. 6. Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 78 ff.

10) Vgl. Köppen, Erbsch. p. 62. Anm. 5.

11) Gerade wegen der Fiction eines individuellen Willens ist bei der juristischen Person eine solche Repräsentation möglich, *L. 2. D. de poss. 41. 2. L. 7. §. 3. D. ad exhib. 10. 4.* — Doch scheint die neuere Praxis Besitzerwerb durch einen *curator hereditatis* zuzulassen, vgl. v. Holz-

als eine Ausnahme hiervon aufzufassen, wenn die von dem Erblasser begonnene Usucapion, sofern nur kein Dritter inzwischen Besitz von der Sache ergriffen hat [12]), durch die Erbschaft fortgesetzt [13]) und eventuell von ihr vollendet [14]), ja, durch den Peculiarerwerb von Erbschaftssklaven sogar eine neue Ersitzung für sie begründet wird [15]). Denn diess beruht gerade darauf, dass die Usucapion hier nicht als Usucapionsbesitz, sondern als „werdendes Eigenthum" in Betracht kommt [16]); es liegt darin eine Abweichung von dem Satze „*sine possessione usucapio contingere non potest* [17])."

---

schuher, Theorie und Casuist. Bd. II. p. 526. Schweppe, Röm. Priv.-R. Thl. V. §. 779. Ohne allen Zweifel ist diess bei dem Testamentsexecutor (s. z. B. Brunnemann, *Consil. Nro. 74.*), der freilich auch eine wesentlich andere Stellung einnimmt wie der *curator hereditatis.*

12) *L. 20. D. de usuc. 41. 3. L. 6. §. 2. D. pro emt. 41. 4.*

13) *L. 13. §. 4. D. de poss. L. 13. §. 5. L. 44. §. 3. D. de usuc. L. 2. §. 18. D. pro emt.*

14) *L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 40. D. de usuc. L. 6. §. 2 D. pro emt.* und zwar wie die letzte Stelle mit einfachen Worten sagt, ohne dass der nach Vollendung der Usucapionszeit antretende Erbe erst nöthig hätte, die Erbschaftssache in Besitz zu nehmen, vgl. über die desfallsigen Streitfragen Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I. §. 133. p. 471 ff.

15) *L. 1. §. 5. D. de poss. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de capt. 49. 15.* Dass auch *L. 15. pr.* und *L. 44. §. 3. D. de usuc.* ausschliesslich vom Peculiarerwerbe zu verstehen sind, darüber vgl. Unterholzner, a. a. O. Anm. 418. Mühlenbruch, a. a. O. p. 69.

16) Vgl. v. Scheurl, a. a. O. p. 22. Köppen, Erbsch. p. 63.

17) *L. 25. D. de usuc.* Daher „*sed haec iure singulari recepta sunt*" *L. 44. §. 3. D. eod.* Dennoch schreiben Manche, wie Böcking, Pand. Bd. I. p. 450. Anm. 8. und Vering, a. a. O. p. 82. Anm. 3., der Erbschaft eine Art von Besitz zu. Allerdings erwähnt *L. 88. D. de A. u. O. H. 29. 2.* ein von dem Erblasser dem Erben verpfändetes Haus, „*cuius possessio qualis qualis fuit in hereditate*" und in *L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.* heisst es: „*quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur*". Allein beide Stellen sind unbedenklich von der Usucapion zu verstehen; s. Köppen, Erbsch. p. 65 f. Mehr Zweifel verursacht der Peculiarbesitz. Doch, glaube ich, auch hier ist der juristische Besitz der Erbschaft nicht eigen. Die gewöhnlich dafür angezogenen Belege beweisen das nicht. In *L. 1. §. 5. D. de poss. 41. 2.* wird von dem Erben, nicht von der Erbschaft gesagt, er erwerbe durch den Sklaven Besitz und usu-

Diese Natur der ruhenden Erbschaft ist jedoch in doppelter Hinsicht modificiert worden. Man hat ihr einmal eine gewisse Theilnahme an dem allgemeinen Vermögensverkehre gestattet. (*Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur L. 61. pr. D. de A. R. D. 41. 1.; hereditatem in quibusdam personae uice fungi receptum est L. 15. pr. D. de usuc. 43. 1.)* [18]). So

---

capiere. Das lässt sich in der That rechtfertigen. An dem Peculium erlangt der Erbe sofort mit dem Erbantritte die *possessio*, indem der Sklave factisch selbständiges Vermögenssubject seines Sondergutes ist, sowie er einen Gewalthaber hat, *ipso iure* seine gesammten Vermögensbeziehungen auf ihn überträgt, und in dem Erben kein Grund mehr vorliegt, ihm die Ausübung des Besitzes abzusprechen. Die *L. 1. §. 5. cit.* beschränkt demnach die in *L. 43. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 18. D. de A. R. D. 41. 1. L. 15. 16—18. L. 38. §. 2. D. de poss.* enthaltene Regel. In *L. 29. D. de capt. 49. 15.* ist wieder einzig von der Ersitzung die Rede. Bedenklicher klingt *L. 16. D. de O. et A. 44. 7. Haec ita, si peculiare negotium contractum est, nam ex hac causa etiam possessio acquisita intelligi debet.* Allein die Stelle spricht doch bloss von dem Erwerbe, nicht von dem Behalten des Besitzes. Das Verhältniss dürfte demnach folgendes sein. Peculiarbesitz wird für die Erbschaft zwar acquiriert, geht aber im Augenblicke seiner Acquisition, soweit er juristischer Besitz ist, wieder verloren, weil kein besitzfähiges Rechtssubject ihn entgegennimmt, und lebt erst mit dem Eintritte eines solchen in dem Erben abermals auf. Darum nirgends in den Quellen eine Andeutung, dass *hereditate iacente* Besitzinterdicte begründet werden können. — Ich vermag endlich Böcking, Pand. Bd. II. §. 148. Anm. 30. auch darin nicht beizustimmen, wenn er meint, die juristische Consequenz erfordere es, dass die bei dem Erbantritte annoch laufende Usucapion nur mittelst der Besitzergreifung durch den Erben fortgesetzt werde (was Puchta, Pand. §. 156. Note 1., sofern die Sache nicht in der Detention eines Repräsentanten sich befindet, *L. 30. §. 5. D. de poss.*, bekanntlich in der That für Rechtens erklärt, im Widerspruche mit *L. 31. §. 5. D. de usuc.* s. v. Vangerow, Pand. Bd. I. p. 689) und das *uel post aditam hereditatem* der *L. 31. §. 5. cit.* eine neue Anomalie sei. Denn wenn die Ersitzung ohne Erben fortgeht, muss sie auch nach seinem Antritte ohne seine Besitznahme weiter zu führen sein. Mir scheint, als habe hier die Idee der juristischen Persönlichkeit die Erkenntniss des Richtigen getrübt. Vgl. über diese Materie Jhering, *De hereditate possidente. Berol. 1842.* Abhdl. p. 252 ff. Mühlenbruch, a. a. O. p. 66—74. v. Vangerow, Pand. Bd. I. p. 688 ff. Köppen, Erbsch. p. 61—73. Unterholzner, Verj.-Lehre §. 133.

[18]) S. noch *L. 15. pr. D. de interrog. in iur. 11. 1. L. 31. §. 1. D. de H. I. 28. 5. L. 13. §. 5. D. quod ui. 43. 24. L. 1. §. 1. D. si is qui*

kommt ihr aller unwillkürliche Zuwachs von aussen zu Gut, durch Fruchtbezug [19]), *foetus pecorum* [20]), *partus ancillae* [21]), Alluvion, Vermächtnisse an Erbschaftssklaven [22]) und die *ex re ipsa* [23]) entspringenden Klagen gegen Dritte [24]); ferner der durch die positive Thätigkeit der Sklaven erzielte Gewinn [25]). Endlich hat man auch die Constituirung eines Curators (*L. 1. §. 4. i. f. D. de mun. et honor. 50. 4.*) sowie eine Geschäftsführung ohne Auftrag für die *hereditas iacens* zugelassen [26]). Es scheint diess der Punkt gewesen zu sein, an welchem

---

test. 47. 4. L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. C. depos. IV. 34. — L. 22. D. de fideiuss. 46. 1.

[19]) *L. 20. §. 3. L. 40. §. 1. D. de H. P. 5. 3. L. 178. §. 1. D. de V. S. 50. 16. L. 2. C. de H. P. III. 31. L. 9. C. fam. erc. III. 36.*

[20]) *L. 25. §. 20. L. 26. D. de H. P.*

[21]) *L. 20. §. 3. L. 27. pr. D. de H. P.* So ferner die einkommenden Pacht- und Miethgelder. *L. 28. §. 1. L. 29. D. eod.*

[22]) *L. 116. §. 3. D. de leg. I. 30.* vgl. *L. 1. §. 2. D. quando dies usufr. 7. 3. L. 68. §. 1. D. de leg. I.* Sogar durch Accrescenz an vom Verstorbenen erworbene Erbschaften. *L. 53. pr. D. de A. u. O. H.*

[23]) *L. 46. D. de O. et A. 44. 7. — ubi ex re actio uenit — cf. L. 3. pr. D. quod ui. — facto magis tuo. —*

[24]) *L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 43. D. eod. L. 13. §. 5. D. quod ui. 43. 24.* vgl. *L. 15. pr. D. ad leg. Aquil. – Aquiliae actio per hereditatem acquisita.* Die hier genannten Klagen sind: die Aquilische Klage, die *actio arborum furtim caesarum*, die *actio quod ui aut clam.* S. hierzu Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 75—77. Köppen, Erbsch. p. 73 ff. Nur muss ich von den dort gegebenen Aufzählungen nach Anm. 17. die Besitzinterdicte gänzlich streichen.

[25]) So zuerst das aus den *operae seruorum* gelöste Tagelohn *L. 29. D. de H. P. 5. 3.* Ferner der Erwerb aus Acceptilationen *L. 11. §. 2. D. de accept. 46. 4.*, aus Stipulationen *pr. I. de stip. seru. III. 17. L. 35. D. de stip. seru. 45. 3. L. 33. §. 2. D. de A. R. D.* aus Pactis *L. 27. §. ult. D. de pact. 2. 14.*, die Klagen aus sonstigen Verträgen wie die *actio depositi L. 1. §. 29. D. depos. 16. 3. L. 9. C. eod. IV. 34. commodati L. 16. D. de O. et A. 44. 7.* u. s. w., Eigenthum durch Mancipation, und für das Peculium nach *L. 16. cit.* auch durch blosse Tradition; die allgemeine Regel enthält *L. 61. pr. D. de A. R. D. 41. 1. — hereditati quoque ut domino per seruum hereditarium acquiritur.*

[26]) *L. 3. pr. D. de neg. gest. 3. 5. Ait Praetor: Si quis negotia alterius, siue quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo.*

das Römische Recht sich der hierin liegenden Anomalie bewusst geworden ist: Jegliche Geschäftsführung setzt ein Interesse dessen voraus, für den sie übernommen wird[27]). Alles Interesse aber beruht auf persönlicher Affection. Diese geht der Erschaft ab[28]). Und doch, wenn später der Erbe eintrat, hatte er ein sehr entschiedenes Interesse daran, dass jene Geschäfte besorgt sein möchten. Hier griff nun der Prätor ein; er legte der Erbschaft selbst inzwischen ein solches Interesse bei[29]), wie es bereits stillschweigend in dem Erwerbe derselben an Früchten und durch ihre Sklaven anerkannt war, indem dieser eben auch ohne *animus acquirendi* nicht zu denken ist[30]). — Mit dieser Entstehung scheint selbst die

---

[27]) *Cf.* Donelli *Comm. iur. ciu. lib. XV. c. 17. §. 3. Re ipsa negotium nostrum esse, recte dixeris, cuius gesti commodum aut incommodum uere et re ipsa ad nos pertinet.*

[28]) Daher die Unterscheidung der *negotia hereditaria* und *quae alicuius sunt L. 22. D. de neg. gest. 3. 5.*

[29]) S. noch *L. 3. §. 6. D. eod. Haec uerba: siue quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit. De quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris iam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse uidetur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus et fetus et fructus, uel si quid serui acquisierint, etsi his uerbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi.* Dass die Worte „*sed si quid accessit etc*“ bloss sagen wollen, die Geschäftsführung sei nicht beschränkt auf den bei dem Tode des Erblassers vorhandenen Umfang des Vermögens, sie müsse auch hinsichtlich der späteren Erweiterungen der Erbschaft mit derselben Rechtswirkung gestattet sein, hebt Köppen, Erbsch. p. 83. Anm. 4., ganz richtig hervor. Anders hat aber auch Mühlenbruch a. a. O. p. 49. 50. diese Stelle nicht verstanden. Allerdings spricht sich indessen Ulpian so aus, dass man sieht, gerade bei der Fassung des prätorischen Edictes wurden die Römer darauf aufmerksam, wie schon in dem Erwerbe der ruhenden Erbschaft eine Singularität liege. Und so wurde denn die Regel *hereditas pro domino habetur* besonders zur Rechtfertigung des Erwerbes namentlich von Klagen für die Erbschaft benutzt, wenn gleich nicht geläugnet werden soll, dass mitunter auch in Betreff des Habens Gebrauch von ihr gemacht ist. s. *L. 15. pr. D. de interrog. in iur. 11. 1. L. 1. §. 1. D. si is qui test. 47. 4.*

[30]) Wohlverstanden, die Singularität liegt hier in der Zulassung des Erwerbes, nicht in der Veränderung des Umfanges der Erbschaft, denn *hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. L. 178. § 1. D. de V. S. 50. 16. cf. L. 20. §. 3. D. de H. P. 5. 3.*

Fassung der Regel „*hereditas pro domino habetur*“ [31]) zusammen zu hängen. Das Edict hatte sie zum *dominus negotiorum* gemacht [32]). — Wenn demnach der ruhenden Erbschaft durchweg ein solches vermögensrechtliches Interesse [33]) zugestanden ist, und andererseits dennoch ein Diebstahl an Erbschaftssachen vor ihrer Besitzergreifung durch den Erben nicht Statt findet [34]), so erklärt sich diess einzig daraus, dass es jenem Interesse noch an seiner factischen Darstellung gebricht [35]). Die Entwendung setzt, mit den Griechen [36]) zu reden, ein ἁμαρτάνειν

---

[31]) Darüber, dass diese Regel keineswegs mit der anderen zusammenfällt, *hereditas defuncti locum obtinet*, vgl. Windscheid, krit. Uebersch. a. a. O. p. 191. Darum die Verbindung beider in *L. 31. §. 1. D. de H. I. 28. 5.* Die erstere begründet überhaupt die Möglichkeit eines Erwerbens, die andere dessen Gültigkeit unter den obwaltenden Umständen.

[32]) Vgl. besonders Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 43. p. 49 ff. Köppen, Erbsch. p. 82 ff. — Weil übrigens die *hereditas domina* ist, haftet der Pupill, der etwa nachmals Erbe wird, nicht wie da, wo für ihn ein Geschäft *sine tutoris auctoritate* geführt ist, bloss bis zum Belaufe der Bereicherung *(L. 37. pr. D. de neg. gest.)*, sondern unbedingt *(L. 21. §. 1. D. eod.)*. Für unrichtig halte ich es endlich, wenn Köppen a. a. O. p. 84 die Art der Geschäfte, die für die Erbschaft eingegangen werden dürfen *(cf. L. 11. pr. D. eod.)* nach der Gewohnheit des Erblassers bemessen will; es handelt sich vielmehr darum, was für die Erbschaft angemessen sei.

[33]) Daher war eine besondere *actio funeraria* nothwendig; die Beerdigung des Testators gehört nicht zu dem vermögensrechtlichen Interesse der *hereditas*. Diess zur Beantwortung der von Chambon, Die Negotiorum Gestio p. 200 ff., aufgeworfenen Frage. S. auch Mühlenbruch, a. a. O. p. 56. 57. Nicht entgegen ist *L. 1. D. de relig. 11. 7.* — *cum defuncto contrahere creditur* — ist keineswegs so viel wie *cum hereditate.* Eben wegen mangelnden Interesses bei dieser, und da doch aus ihr die Begräbnisskosten bestritten werden sollten, griff man auf den Erblasser zurück.

[34]) *Gai. Inst. III. §. 201. L. 9. §. 6. D. rer. amot. 25. 2. L. 23. §. 1. D. de A. R. D. 41. 1. L. 14. §. 14. D. de furt. 47. 2. L. 1. §. 15. D. si is qui test. 47. 4.*

[35]) S. Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. Bd. XI. p. 452 d. N. F. — Verwerflich ist die Ansicht Stintzing's, das Wesen von *bona fides* und *titulus* p. 24 ff., der Diebstahl gegen die Erbschaft erscheine deswegen ausgeschlossen, weil man es dort mit einer bloss fingierten Person zu thun habe, s. dag. Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. a. a. O. p. 402. Anm. 16.

[36]) *Basil. Lib. 60. Tit. 12. schol. ad c. 68—70. ed.* Heimbach *Tom. V. p. 522.* Der Sinn dieser Worte scheint mir identisch mit dem Gedanken Huschke's, Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. 14. p. 189 die

κλοπὴν πρὸς πρόσωπον voraus; und eine solche Person, welche die Erbschaftsgegenstände thatsächlich als ihr Eigen hielte, ist eben nicht vorhanden. Mit dem Dazwischentreten eines anderen Betheiligten, eines Nutzniessers, Commodatars u. s. w. wird daher auch das *furtum* wieder denkbar [37]). —

Zweitens hat man in Betreff derjenigen Acte, welche eine bestimmte persönliche Rechtsfähigkeit des Interessenten zu ihrer Gültigkeit erfordern, den Canon aufgestellt: *hereditas defuncti locum obtinet.* (*L. 33. §. 2. L. 34. D. de A. R. D. 41. 1 L. 31. §. 1. L. 52. D. de H. I. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de leg. I. 30* [38]). Auch darin hat man jedoch nicht bloss eine willkürliche, äusserer Zwecke halber gemachte Annahme zu sehen [39]), vielmehr wird man naturgemäss an die Person des Erblassers hierbei gewiesen, indem einmal kein anderes Subject vorhanden ist, an das man anknüpfen könnte, und dann die bereits begründeten Vermögensverhältnisse selbst zum Theile noch von der Rechtsfähigkeit des Verstorbenen getragen

---

Entwendung bestehe stets in einer Verletzung des „persönlich-factischen Interesse." —

[37]) *L. 68—70. D. de furt. 47. 2. L. 35. D. de usurp. 41. 3.* Darüber, dass hier eine Entwendung aus der Detention der Repräsentanten durch Dritte gemeint ist, vgl. Stintzing, a. a. O. p. 31 Anm. 36. Die ersteren haben die *actio furti*, weil ihre *culpa in custodiendo* präsumiert wird, *L. 12. pr. D. de furt.* vgl. Hasse, Culpa p. 313. 351. Von ihnen kann nun aber die Klage wegen Insolvenz u. s. w. auf den Eigenthümer zurückkehren, daher „*idcircoque heredi quoque actionem furti competere posse.* Im Falle der *L. 35. D. cit. i. f.* hat der Erbe die Klage stets, weil der Legatar die Erbschaftssache bereits als Vertreter des Erben, nicht bloss der Erbschaft, in Besitz genommen hat (vgl. wegen des Detentors, der schon für den Erblasser eingetreten war, *L. 30. §. 5. D. de poss. 41. 2.*). Uebrigens wird durch die Einschaltung der *L. 69. D. de furt.* in die Stelle des Marcellus deren Zusammenhang einigermassen gestört, sofern man bei der Diebstahlsklage des Usufructuars doch zunächst an die denkt, die er auf Grund seines Niessbrauchs, nicht an die, welche er wegen seiner *custodia* hat. — Umgekehrt wird stets eine Entwendung an der Sache begangen, welche sich bloss in der Detention des Erblassers befand, und die Klage deshalb steht dem Eigenthümer zu. *L. 14. §. 14. D. de furt.*

[38]) S. noch *§. 2. I. de H. I. II. 14. pr. I. de stip. seru. III. 17.*, wo das „*in plerisque*" freilich auffallend ist; unten §. 4. Anm. 37.

[39]) So v. Savigny, Syst. Bd. II. p. 366 ff.

werden müssen[40]). Diese Persönlichkeit darf man aber nicht eine juristische nennen[41]), weil sie weder willkürlich fingiert, noch zur Erreichung individueller Lebenszwecke geschaffen ist[42]). —

---

[40]) Oder sollte das Quiritische Eigenthum des Erblassers sich mit seinem Tode in bonitarisches verwandelt haben, weil möglicher Weise ein Peregrine sein Erbe werden konnte? s. auch Köppen, Erbsch. p. 41 f.

[41]) S. hierüber besonders die überzeugende Ausführung von v. Scheurl, Beitr. Bd. I. p. 4 ff.

[42]) Für das Gegentheil kann nicht beweisen *L. 22. D. de fidei. 46. 1. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae uice fungitur sicuti municipium et curia et societas,* indem das der *hereditas* wie dem *municipium* u. s. w. gemeinsame *personae uice fungi* bloss das Fortbestehen der begründeten vermögensrechtlichen Beziehungen rechtfertigen soll. Ebenso wenig spricht dafür der Ausdruck „*personam defuncti sustinet,* vgl. deshalb *L. 7. §. 5. D. de lib. leg. 34. 3. L. 1. §. 4. D. de stip. seru. 45. 3. L. 5. C. de hered. uel act. uend. IV. 39.* — Ferner hat man sich darauf berufen, dass kein Recht ohne Person, kein Vermögen ohne Vermögenssubject denkbar sei. Ist das letztere dennoch der Fall, so muss das erstere unrichtig sein, und die Fortdauer des Vermögens als einer *uniuersitas* thut, neben gelegentlichen Aeusserungen wie die des Plinius, *H. N. Lib. IX. §. 170. (ed. Jan) Quadragiens H. S. piscinae a defuncto illoueniere pisces,* die ganze Existenz des Erbrechtes als unmittelbares Postulat der Volksrechtsanschauung dar (s. d. Text z. Note 7. des §. 1.). Dasselbe gilt von dem Argumente der Untrennbarkeit der Obligationen von den Subjecten, unter denen sie entstanden sind; sie trifft das Vermögen, regelmässig nicht die Personen derselben (vgl. Windscheid, Krit. Uebersch. a. a. O. p. 186—189. Actio p. 233—236. Köppen, Erbsch. p. 9—21). Nur so viel muss man zugeben, wie die Erbschaft im Ganzen, ruhen auch die einzelnen erbschaftlichen Rechte. Diess ist es, was ich p. 41 meiner Abhandlung auszuführen versuchte, und was Windscheid, Krit. Uebersch. p. 186, gänzlich missverstanden hat. Im Uebrigen gehen die Meinungen der neueren Schriftsteller über die Natur der *hereditas iacens*, seit man davon zurückgekommen ist, individuelle Eigenschaften des Verstorbenen in ihr fortleben zu lassen (s. z. B. noch *Schrader, Comm. ad §. 7. I. de hered. q. ab int. III. 1. u. hoc certum est p. 417*), nicht so weit auseinander, als ihre Urheber selbst glauben. Jhering's „substantiierte", Scheurl's „fingierte Persönlichkeit", Savigny's, Windscheid's, Köppen's Auffassung der Erbschaft sind im Grunde identisch. Die Differenz trifft mehr das Wesen der juristischen Person oder die Construction dieser Verhältnisse durch die Römische Jurisprudenz (s. auch Arndts, Pand. §. 465. Anm. 1.). So ist es ein entschiedener Irrthum,

Mit dem Erbantritte erhält die Erbschaft ihren actuellen Träger, die einzelnen Erbschaftsrechte ihren Herrn, von dessen Vermögen sie nun gerade so Bestandtheile sind, wie alles Uebrige[43]), ohne jedoch damit ihren Character als

---

wenn Jhering die Regeln, welche noch in den Digesten friedlich neben einander stehen, um die verschiedenen Seiten der *hereditas iacens* zu characterisieren, als Resultate und Niederschlag dreier verschiedener einander ablösender Entwickelungsphasen der Römischen Doctrin darzustellen sucht. Einzig das lässt sich von seinen Ausführungen halten, dass Julian den Satz „*hereditas defuncti personam sustinet*“ in practischer Anwendung auf den Erwerb der Zwischenzeit siegreich gegen abweichende Anschauungen vertheidigt hat. Andererseits tritt es bei Windscheid zu wenig hervor und verschwindet bei Köppen gänzlich, dass die Zulassung eines Erwerbes für die Erbschaft eine Anomalie enthält, und somit das „*hereditas domini*“, und „*defuncti locum obtinet*“ seinen sehr reellen Inhalt hat, weder bloss bildlicher Ausdruck, noch dazu geschaffen ist, einem unwillkürlichen Gefühle gerecht zu werden, welches für das Vermögen als Ganzes ein Subject verlangt. Jene Parömieen bewahren darum ihre Bedeutung auch für unseren heutigen Rechtszustand und sind keinesweges nur entbehrliche Theoreme geistig unmündiger Zeiten. — Schliesslich kann nicht geläugnet werden, dass gerade der Ausdruck „vermögensrechtliche Persönlichkeit“ zu mannigfachen Missverständnissen, sowohl der Sache, wie der Schriftsteller unter sich Anlass gegeben hat. —

43) M. a. W. der Erbe hat diese Rechte auf seinen eigenen Namen; er klagt: *rem suam esse, decem sibi dare oportere* wegen ererbter Sachen und Forderungen so gut wie wegen eigener *(Gai. IV. §. 34.)*; die *actio legis Aquiliae* wegen des nach dem Erbantritte getödteten Erbschaftssklaven „*ipsius actio propria effecta est, nec ueniet in hereditatis petitione*“ *L. 36. §. 2. D. de H. P. 5. 3.*, vgl. v. Scheurl a. a. O. p. 37. 38. Es ist daher durchaus unrichtig, dass der Erblasser das „unmittelbare Subject“ (Puchta, Vorl. Bd. II. §. 447 p. 289) des Vermögens bleibe. Auch *L. 62. D. de A. R. D. 41. 1.* beweist dafür nicht. Der Erwerb ist hier gültig, weil er ohne Gesetzesübertretung im Wege der Universalsuccession vermöge juristischer Consequenz erfolgt. Daraus folgt aber noch nicht das Behaltendürfen der *res, cuius commercium non habemus,* und diess müsste nach Puchta der Fall sein, sondern in dieser Hinsicht kommt es auf die Intention des Gesetzes und die etwaigen Billigkeitsrücksichten an, die der Gesetzgeber zu nehmen für gut findet *(L. 9. pr. §. 1. D. de re mil. 49. 16.* v. Scheurl, a. a. O. p. 39. Köppen, Erbsch. p. 102. 103.). — Eine Inconsequenz (und im Widerspruche mit *L. 19. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. uerb.* „*cum utique ad heredem filii pertineret*“) wäre es, wenn in *L. 55. §. 1. D. de leg. II. 31.* bestimmt

Vermögenscomplex zu verlieren[44]), nur bildet die Erbschaft kein selbständiges Vermögen mehr[45]), kann diess nach Civilrecht auch nie wieder werden (*Semel heres, semper heres*)[46]).

würde, dass der Erwerb des Legates durch die Erbschaft nur ein vorläufiger sei, bei dem hinterher immer noch nach der Capacität des Erben gefragt werden müsse, um ihn zu einem definitiven zu machen (so einstimmig Jhering, a. a. O. p. 204. 206. v. Scheurl, a. a. O. p. 79 ff. Köppen, a. a. O. p. 54 f. Windscheid, Krit. Ueb. p. 193). Das „*secundum quod accipere potest*" ist jedoch in der That zu beziehen auf die Capacität hinsichtlich der Erbschaft, zu der das Legat gehört, und bei der es auch bleibt. Die *reliqua pars* fällt nicht etwa den *uindicantes* zu, welche ihr Recht gegen die mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbschaft üben, sondern denen, die es in der durch den Sklaven honorierten Erbschaft haben. Diese richtige Erklärung findet sich bereits in der Glosse *ad. h. l. u. accipere potest.* Hier heisst es „*de hereditate, in qua est seruus legatarius*". Angedeutet ist sie auch von Mühlenbruch, Comm. Bd. 39. p. 225. Anm. 25. und Savigny, Syst. Bd. II. p. 369. Anm. m.

[44]) Das ergiebt schon die Natur der *hereditatis petitio* als einer Universalklage, ferner der Uebergang der erbschaftlichen Schulden des *arrogatus* auf den *arrogator. Gai. III.* §. *84.* vgl. Scheurl, a. a. O. p. 33 ff. 41. besonders gegen Jhering, Abhdl. p. 239—244; und deshalb kann auch der Erbeserbe als Erbe des ersten Erblassers gelten. *L. 3. D. de H. P. 5. 3. L. 7.* §. *2. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 194. D. de R. I. 50. 17. L. 14. C. de H. I. VI. 24. L. 65. L. 70. pr. D. de V. S. 50. 16.*

[45]) Vielleicht ist das der Sinn von *L. 22. D. de usurp. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen uice funguntur,* von der schwer zu sagen ist, ob sie sich auf die Zeit vor oder nach der Erbantretung beziehe.

[46]) Diese von den Neueren formulierte Regel *(arg. L. 88. D. de H. I. 28. 5. L. 7.* §. *10. i. f. D. de minorib. 4. 4. L. 3. L. 4. C. de repud. hered. VI. 31.)* hat ihren inneren Grund darin, dass nach natürlicher und gesunder Rechtsanschauung Jemand wohl einzelne Rechte, aber nicht seine vermögensrechtliche Stellung im Ganzen aufgeben kann. Diese wird ordentlicher Weise nur frei durch den Tod ihres Inhabers. Davon macht die Arrogation freilich eine Ausnahme *(Gai. Inst. III.* §. *83. 84.).* Allein diess ist erstens ein ganz anomales Institut, durch politische Rücksichten nothwendig gemacht, und jedesmal durch specielles Gesetz *(Gell. Noct. Att. V. 19.)* ins Leben gerufen; dann giebt aber der Arrogierte nicht bloss seine vermögensrechtliche, sondern zugleich seine persönliche Stellung auf, und die Jurisprudenz fingierte in höchst bezeichnender Art seinen Tod. vgl. v. Scheurl, a. a. O. Abh. IX. p. 232 ff. *Capitis deminutio.* Wenn sonst Jemand sein gegenwärtiges Vermögen verkauft,

Dagegen bleibt sie es, wenn kein Erbe sich findet, und die Gläubiger ihre Befriedigung daraus suchen, bis zur Uebernahme durch den *bonorum emtor*[47]) oder der Zerschlagung in ihre einzelnen Theile[48]). Im letzteren Falle wird dann zugleich ihre Eigenschaft als Vermögenscomplex aufgehoben[49]).

---

verschenkt u. s. w., so scheidet er damit aus seiner bisherigen vermögensrechtlichen Stellung nicht aus *(cf. Cod. Hermog. Tit. 7. L. 1. 2. ed. Haenel. L. 42. pr. D. de mort. c. don. 39. 6.)*, er modificiert sie nur durch Eingehung eines Vertrages, der ihren materiellen Inhalt zum Objecte hat; geschweige denn, dass sein Vermögen nun eine von ihm getrennte, selbständige Existenz fortführte, vgl. v. Holzschuher, a. a. O. Bd. II. p. 537. Böcking, Pand. §. 106. Anm. 23. p. 368 f. Durch den Erbgang tritt man ein in eines Dritten vermögensrechtliche Stellung, nimmt sie zu der eigenen auf; wollte man sich hinterher der Erbenqualität wieder entschlagen, so würde man damit eben die nunmehr eigene vermögensrechtliche Stellung willkürlich mit einer anderen vertauschen, in der man sich hier allerdings zufällig früher schon einmal befunden hat. — Hingegen kann durch das öffentliche Recht jene Regel eine Ausnahme erleiden, s. §. *5. I. de hered. q. ab int. III. 1. Theophil. ad h. l.* und etwa noch *L. 31. pr. D. de uulg. et pup. subst. 28. 6.*, doch hat auch in diesen Fällen das betreffende Urtheil mehr einen declaratorischen Character, die durch dasselbe zerstörte Erbenqualität eine blosse Scheinexistenz. S. auch *L. 1.* §. *3. D. de suis et legit. 38. 16.* Wegen *L. 3.* §. *3. D. de H. I. 28. 5.*, vgl. *L. 71.* §. *1. D. de A. u. O. H. 29. 2.*

47) Vgl. Jhering, Abhdl. p. 245 ff. und wider die Gegenausführung von Scheurl, a. a. O. p. 32. 33, meine Dissert. p. 51 f.

48) Sei es durch *bonorum distractio* oder durch thatsächliche Zersplitterung des Nachlasses, vgl. *L. 57. pr. D. de euict. 21. 2.*

49) Da diess Schicksal jede Erbschaft treffen kann, so sind alle Forderungen, welche sie hat, gewissermassen bedingt. Für die Stipulationen von Erbschaftssklaven bezeugt es ausdrücklich *L. 73.* §. *1. D. de V. O. 45. 1.* Es bleibt aber richtig auch für alle anderen *nomina*. Diese Bedingtheit ist suspensiv und resolutiv zugleich. Jenes, wenn man die *obligatio* identisch mit *actio* fasst, dieses, sofern der Anspruch doch jetzt wirklich in der Erbschaft ist, und erst später wegen Mangels eines Subjects untergeht, vgl. Jhering, a. a. O. p. 201. v. Scheurl, a. a. O. p. 33. p. 65 ff. Köppen, Erbsch. p. 39. Anm. 7. p. 157 ff. deutet mit der Glosse *ad h. l. u. nullam* die *L. 73.* §. *1. cit.* auf solche Stipulationen, welche der Erbschaftssklave dem *heres futurus* contrahiert, denn hier erwerbe in der That nicht die Erbschaft, sondern erst der Erbe. Allein die Stelle enthält eine solche Beschränkung nicht. Es heisst ganz allgemein „*si seruus hereditarius stipulatus sit*". Noch be-

§. 4. **Erbfähigkeit**[1]).

Das Vermögen des Verstorbenen soll wiederum ein actuelles Rechtssubject erhalten. Dazu bedarf es der Berufung einer bestimmten Person. Diese setzt aber bei letzterer voraus die Möglichkeit, im erbrechtlichen Verkehre zu stehen, d. h. die Erbfähigkeit. (*Testamenti factio Gai. II.* §. *114. Vlp. XXII.* §. *1. XX.* §. *2.*) Nicht Jeder hat sie. Man unterscheidet absolute und relative Erbunfähigkeit, je nachdem sie allgemein, oder bloss gewissen Personen gegenüber Statt findet. Die Bedingungen der Erbfähigkeit sind: 1) Vorhandensein einer Persönlichkeit überhaupt; nicht nur, dass, wo Niemand ist, natürlich auch Niemand succedieren kann, sondern es soll auch auf die spätere Möglichkeit einer Existenz keine Rücksicht genommen werden, denn die Erbschaft bedarf nicht in Zukunft einmal, sondern sie bedarf jetzt eines neuen Herrn. Aus diesem Grunde haben alle die, welche noch gar nicht existent sind, keine Erbfähigkeit[2]).

---

denklicher ist dann die Ellipse im Schlusssatze „*Idem est in seruo eius, qui apud hostes est*“, wo zu ergänzen wäre: *domino* (vgl. *L. 18.* §. *2. D. de stip. seru. 45. 3.*). Da scheint es doch viel natürlicher und einfacher, in dem „*nisi adita hereditas sit*“ nur den Hauptfall der Nachfolge in eine Erbschaft zu erkennen, dessen Verneinung zugleich die sonstigen Successionsarten ausschliesst. Aehnlich steht in *L. 57. pr. D. de euict. 21. 2.* „*sine successore decesserint*“, dem dann mehr nachträglich und erläuternd hinzugefügt wird „*ita, ut neque ad fiscum bona peruenire possint, neque priuatim a creditoribus distrahi*“.

[1]) S. bes. Mühlenbruch, Comm. Bd. 39. p. 117—351. Rosshirt, Einl. p. 50—63. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 404.

[2]) Ein Intestaterbrecht haben sie schon deshalb nicht, weil Verwandtschaft und Ehe, die beiden Successionsgründe für die gesetzliche Erbfolge, nur zwischen coexistierenden Personen möglich sind. §. *8. I. de hered. q. ab int. III. 1. L. 6. pr. i. f. D. de iniust. 28. 3. L. ult. D. de uentr. in poss. 37. 9. L. 1.* §. *8. D. unde cogn. 38. 8. L. 6. L. 8. pr. D. de suis et legit. 38. 16.* Höchstens abusiv wird hier noch im gewöhnlichen Leben von Verwandtschaft geredet. Hinsichtlich des Justinianischen Rechtes nach der *Nou. 118.* vgl. unten §. 10. Anm. 157. — Ebenso wenig werden sie bei der testamentarischen Erbfolge berücksichtigt, *L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11;* und endlich ermangeln sie des Notherbenrechtes *(L. 6. pr. D. de inoff. test. 5. 2.),* wie u. A. auch die Einsetzungsformeln der *sui postumi* beweisen, in welchen *(cf. L. 29. pr.* §. *2. 3. D. de lib. et post. 28. 2.)* überall nur die schon bei Lebzeiten

Ja, es ist eigentlich schon eine Abweichung von der Strenge des Rechtes, wenn sie wenigstens dem bereits erzeugten, aber noch ungeborenen Kinde im Allgemeinen [3]) beigelegt wird.

---

des Testators Erzeugten erscheinen. Vgl. Mühlenbruch, Comm. Bd. 39. p. 406 ff. Heumann, Ueber die Erbfähigkeit der *postumi*. Giess. Zeitschr. Bd. XIX. p. 289—354. Allgemein anerkannt ist jetzt gegen die ehemals von *Schrader, Comm. in Inst. ad* §. *8. I. cit. p. 418* vertheidigte Ansicht, dass *L. 47.* §. *3. D. de bon. lib. 38. 2.* dem nicht entgegen steht, denn die patronatischen Rechte vererben sich nicht von dem Grossvater auf den nach seinem Tode concipierten Enkel *(L. 5* §. *1 L. 40. L. 47. pr. D. eod. L. 1.* §. *5. L. 3. pr.* §. *1. D. de assign. lib. 38. 4. pr. I. eod. III. 8.)*, sondern sie stehen ihm zu, weil er zu dessen männlichen Descendenten, den Quasiagnaten des Libertus, gehört, s. *Vlp. XXIX.* §. *4. Gai. III.* §. *45. Theoph. I. 17. Schulting, Iurispr. Anteiust. p. 666. ad Vlp. 27.* §. *3. Not. 17.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 410—412. Büchel, Streitfragen aus *Nou. 118.* Marb. 1839 p. 8—11. — Dagegen will Mayer, Erbr. §. 16. Anm. 7. p. 37 ff. die Beweiskraft von *L. 3. D. de b. p. s. t.* nicht anerkennen. Paullus habe, da er von der *b. p.* überhaupt spreche, jene Beschränkung hinzufügen müssen, um nicht etwas für die *b. p. c. t.* und *int.* Falsches zu sagen. Mayer übersieht, dass nach der Titelüberschrift in *L. 3. D. cit.* einzig von der *b. p. s. t.* und nach der Bezeichnung *testatore* jedenfalls nicht von der *b. p. int.* die Rede ist, vgl. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. III. p. 913. Anm. 33. Zweifelhafter könnte man darüber sein, ob nicht die Forderung, der Erblasser müsse zur Todeszeit des Testators erzeugt sein, so viel heissen solle wie: zur Zeit der Delation, so dass bei bedingter Institution die Existenz *condicione impleta* genüge. Da aber Paullus jede *b. p. s. t.* dem *nondum conceptus moriente testatore* abspricht, und der bedingt Eingesetzte unter Umständen noch vor Erfüllung der Bedingung *b. p. s. t.* erhalten konnte *(L. 23. pr. D. de H. I. 28. 5. L. 3.* §. *13. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2* §. *1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. de b. p. s. t. 37. 11.)*, so ist diese Frage zu verneinen. Consequent müsste nun der *nondum conceptus* nicht einmal gültig eingesetzt werden können (s. unten Anm. 53). Diess hat man jedoch zugelassen. Es succedieren aus solcher Berufung die *moriente testatore nati* und *nascituri*.

[3]) *L. 7. L. 26. D. de stat. hom. 1. 5. L. 7. D. de suis et legit. 38. 16.* An letzter Stelle wird auch anerkannt, dass sich die Zulassung der *nascituri* streng genommen kaum rechtfertigen lasse; nur dass sie „*quodammodo in rerum natura* seien, vermag der Jurist dafür anzuführen *(cf. L. 1.* §. *8. D. eod. „uel saltem concepti“)*. So ist auch in den XII Tafeln von ihnen noch keine Rede. *Lex XII Tabularum*, heisst es in *L. 6. D. eod.*, *eum uocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*, und gerade hiermit

2) **Die Fähigkeit zum (Römischrechtlichen) Vermögensverkehre.** In dieser Hinsicht war ehemals der Unterschied zwischen *ciues* und *peregrini* von Wichtigkeit[4]). Derselbe ist zwar weder von Justinian aufgehoben, noch durch die *Auth. Frid. II. Omnes peregrini Cod. VI. 59.* den Peregrinen die Erbfähigkeit ertheilt[5]), wohl aber mit dem Zerfalle des Römischen Reiches auch der Begriff der Peregrinität untergegangen[6]).

Aus besonderen Gründen sind erbunfähig: 1) **Juristische Personen**[7]), sofern sie nicht durch allgemeinen Rechtssatz wie

---

wird die so eben berührte Aeusserung des Celsus in *L. 7. D. cit.* von den Compilatoren in Zusammenhang gebracht (vgl. auch *Schol. Basil. 45. 1. 19*). Mit Sicherheit dürfen wir demnach die Erbfähigkeit der *nascituri* als Resultat einer ausdehnenden Interpretation des Gesetzes ansehen, vergl. Büchel, Streitfragen aus *Nou. 118.* Marburg 1839 p. 2. Heumann, Ueber die Erbfähigkeit d. *postumi.* Giess. Zeitschr. Bd. XIX. p. 300 ff. Mühlenbruch, a. a. O. p. 364 ff. Aus anderen später zu erörternden Gründen blieb jedoch die Möglichkeit, *nascituri* wirksam im Testamente zu Erben zu ernennen, bis auf Justinian sehr beschränkt.

4) *L. 6. §. 2. D. de H. I. 28. 5. L. 1. C. eod. VI. 24. Vlp. XXII. §. 2. Gai. II. §. 218. i. f.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 242. Vermöge eines besonderen Privilegs gestattete Antoninus den Griechen, welche für ihre Person das Bürgerrecht erlangt hatten, ihr Vermögen ihren Peregrinen gebliebenen Kindern zu hinterlassen. *Pausan. Descript. Graec. VIII. 43.* „*ὅσοις τῶν ὑπηκόων πολίταις ὑπῆρχεν εἶναι Ῥωμαίων, οἱ δὲ παῖδες ἐτέλουν σφίσιν ἐς τὸ Ἑλληνικόν, τούτοις ἐλείπετο ἢ καταν είμαι τὰ χρήματα ἐς οὐ προσήκοντας ἢ ἐπαυξῆσαι τὸν βασιλέως πλοῦτον κατὰ νόμον δή τινα. Ἀντωνῖνος δὲ ἐφῆκε καὶ τούτοις διδόναι σφᾶς παισὶ τὸν κλῆρον* ...“

5) Sie sichert den Fremden bloss die freie Verfügung über ihren Nachlass, gegenüber der Occupation desselben durch die *hospites*, bei denen sie versterben.

6) S. Böcking, Pand. Bd. I. §. 35. m. p. 147. 148. Dasselbe gilt von ihrem Gegensatze, der Civität.

7) Vgl. Mühlenbruch, Comm. Bd. 39. p. 423. — Bd. 40. p. 108. v. Savigny, Syst. Bd. II. §. 93. p. 299.—309. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. III. p. 913. — 916. *Heineccius, de colleg. et corporib. opific. Rom. cap. 1. §. 17. O. O. Tom. II. Genevae 1746. p. 415.* Dirksen, Ueb. d. Zustand d. jurist. Pers. n. Röm. R. Civ. Abh. Bd. II. Berl. 1820. p. 129. — 143. *Mommsen, De collegiis et sodaliciis Romanor. Kiliae 1843. p. 123—126.*

Kirchen und kirchliche Institute [8]), milde Stiftungen [9]), Staat [10]),

---

[8]) *Vlp. XXII. §. 6. Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusue principum instituere concessum est* —. Letztere erhielten dann zum Theil das *ius liberorum. Dio Cass. Lib. 55. c. 2. cf. F. C. Conradi, De diis heredib. ex test. ap. Rom. Scripta minor. ed Pernice, Tom. I. p. 89 sq. Huschke, N. Jahrb. f. Phil. u. Paed. Bd. 75. Hft. 5. p. 369 f.* — Mit Einführung der christlichen Religion durch Constantin wurde alsbald die Erbfähigkeit der Kirche anerkannt. *(L. 4. C. Th. de ss. eccl. 16. 2. = L. 1. C. I. eod. (321.);* in wie weit diess auch hinsichtlich der einzelnen Kirchen geschehen, darüber fehlt es an Nachrichten; doch bezeugt *L. 27. pr. C. Th. eod. ai. 390.* bereits die Zulässigkeit ihrer Institution. Nur eine andere, an den heidnischen Gebrauch *(cf. Mommsen, l. l. p. 7.)* sich enger anschliessende Ausdrucksweise ist es, wenn man statt der Kirchen die Heiligen, Engel u. s. w. bedachte, denen jene geweiht waren. (Vgl. z. B. das Testament des Aredius. *Spangenberg, Tab. neg. sol. p. 113. Itaque te, sancte Martine Turonensis ... instituimus.)* Ueber solche Verfügungen giebt nun Justinian in *L. 26. rest. Cod. de ss. eccl. I. 2.* specielle Interpretationsregeln, die er in *Nou. 131. c. 9.* wiederholt und vervollständigt.

[9]) Die grosse Zahl von Wohlthätigkeitsanstalten unter den christlichen Kaisern wie *orphanotrophia, brephotrophia, gerontocomia, ptochotrophia, nosocomia, xenodochia* stehen zwar alle unter der kirchlichen Oberaufsicht des Bischofs und seines *(s. c. 21. C. 16. Q. 7. conc. Chalc. a. 451.)* Oeconomus *(L. 15. L. 17. C. de ss. eccl. I. 2. L. 46. C. de episc. et cler. I. 3. Nou. 59. c. 3. Nou. 131. c. 10.)* und ihr Vermögen wird deshalb auch als *res ecclesiasticae* und *diuinae* bezeichnet *(L. 17. §. 4. L. 22. C. de ss. eccl.)*, sind aber nichts desto weniger doch selbständige juristische Personen (*L. 23. C. de ss. eccl. L. 35. C. de episc. et cler.*, wo ihrer neben den Kirchen gedacht, und ihres Eigenthums erwähnt wird) mit eigenen Beamten, *διοικηταί*, vgl. z. B. *L. 17. §. 2. C. de ss. eccl. L. 42. §. 9. L. 46. §. 1. C. de episc. et cler. Nou. 120. c. 6. §. 1. Nou. 131. c. 10.* In *L. 32. C. de episc. et cler.* ist übrigens nicht von der Verwaltung des Vermögens des Waisenhauses, sondern der einzelnen Waisen die Rede *(cf. Nou. 131. c. 15.* u. *Gothofredus* in den Noten zu *L. 32. cit.*). Wann sie nun die Erbfähigkeit erhalten haben, darüber ergeben unsere Quellen nichts. Jedenfalls sind sie unter Justinian mit derselben bewidmet (*L. 22. 23. C. de ss. eccl.*), ohne dass sie diess Privileg nachweislich erst durch ihn empfangen hätten.

[10]) Unstreitig war der Fiscus von jeher erbfähig, s. *Florus I. 35. ed. Halm. „Attalus ... testamentum reliquit: populus Romanus bonorum meorum heres esto ... adita igitur hereditate prouinciam populus Romanus ... testamenti iure retinebat". Vellei. II. 4. ed. Haase ... Attalo, a quo Asia populo Romano hereditate relicta erat, sicut relicta postea*

und Gemeinden [11]) (*L. 1. C. de ss. eccl. I. 2. L. 49. C. de episc. et cler. I. 3. L. 12. C. de H. I. VI. 24.*) oder durch specielle Verleihung (*L. 8. C. eod.*) [12]), in dieser Hinsicht

---

est a Nicomede Bithynia". *Iustin. 36. 4. ed.* Jeep. „*Huius testamento heres populus Romanus tunc instituitur*". Weitere Beispiele s. bei *Maiansius, Disp. iur. Nro. I. §. 9.* Dem entsprechend findet sich nirgends eine besondere Bestimmung, welche dem Fiscus diess Recht erst gewährte. Diese Verhältnisse tragen wesentlich einen publicistisch-administrativen Character an sich, und dann ist die Annahme der Erbschaft durch das Volk zugleich Specialgesetz für den vorliegenden Fall und bewirkt implicite die Rechtbeständigkeit der Erbeinsetzung, so weit das Römische Recht dabei in Betracht kommt, s. v. Savigny, a. a. O. p. 306. 362.

[11]) Anfänglich war es nicht erlaubt, Stadtgemeinden zu Erben zu ernennen. *Vlp. XXII.* §. 5. *Plin. ep. V. 7.* §. *1.* Die erste Ausnahme, welche in dieser Hinsicht gemacht wurde, war, wie es scheint, die Gültigkeit der Institution von Städten durch ihre Freigelassenen, worüber ein eigner Senatsschluss ergieng (*Vlp. l. l. . . . senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint . . . cf. L. 1. §. 1. D. de libert. uniu. 38. 3.*). Auf solche Fälle ist zu deuten *L. 66.* §. 7. *D. de leg. II. 31. L. 6.* §. *4. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 3.* §. *4. D. de B. P. 37. 1.* Durch Marc Aurel wurde das Recht der Manumission und patronatischen Succession allen „*collegiis, quibus coëundi ius est*" gegeben. *L. 1. 2. D. de manumiss. q. seru. ad uniu. 40. 3. cf. L. 3.* §. *6. D. de suis et legit. 38. 16.* Deshalb hat die Erwähnung directer Erbfolge der *collegia, corpora, societates* u. s. w. bei Ulpian, *L. 1.* §. *15. L. 6.* §. *4. i. f. D. ad Sc. Treb. L. 3.* §. *4. D. de B. P.* nichts Befremdliches. Nachdem inzwischen die Befugniss der juristischen Personen, mit Vermächtnissen bedacht zu werden, sich mehr und mehr erweitert hatte (vgl. darüber §. 66.), finden wir endlich unter Leo in *L. 12. C. de H. I. VI. 24.* die directe Erbfähigkeit der Städte ganz allgemein anerkannt (vgl. über die Stelle Arndts a. a. O. p. 914. Anm. 40.). Hierüber ist jedoch das Römische Recht nicht hinaus gegangen. Gewöhnliche *collegia* und *corpora* haben weder auf eine *bonorum possessio* Anspruch, wo das Civilrecht ihnen die Succession versagt (s. v. Savigny, a. a. O. p. 303 f. und wegen *L. 3.* §. *4. D. de B. P.* bezüglich des dort angeregten Zweifels vgl. *L. 1.* §. *1. D. de lib. uniu.* und Mommsen, *l. l. p. 125. 126.*), noch sind sie durch Justinian's Constitution *de incertis personis* den Städten gleichgestellt; s. unten §. 19. und vgl. überhaupt Dirksen, a. a. O. p. 138. 139. Mühlenbruch, a. a. O. p. 423—442. Arndts, a. a. O. p. 913 f. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 429. p. 99. 101.

[12]) Ein solches Privilegium muss die *colonia Leptitanorum* in *L. 30. D. de uulg. et pup. subst. 28. 6.* besessen haben. Der Testator kann nicht ihr Freigelassener gewesen sein, da sie sonst in dem dort ausgeführten

privilegiiert sind. Es erklärt sich diess daraus, dass das Erbrecht das Vermögen aus der todten Hand gerade fortzubringen sucht, und es deshalb eigentlich nicht wieder in die todte Hand gelangen lassen kann; m. a. W. daraus, dass eine viel grössere Abstraction dazu gehört, um eine juristische Person in die vermögensrechtliche Stellung eines Lebendigen nachrücken zu lassen, als dazu, ihr bloss ein eigenes Vermögen zuzuweisen [13]). Daher heutzutage, wo uns eine solche abstracte Anschauungsweise geläufiger geworden ist, die Neigung unserer Rechtsgelehrten, die Erbfähigkeit „zu den regelmässigen Attributen einer anerkannten Corporation" zu rechnen und „in der Anerkennung einer juristischen Persönlichkeit von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen [14])." Eine ganz

---

Rechtsfalle sein Testament hätte anfechten dürfen, *Gai. III.* §. *40.*, und für ein Beispiel der Anerkennung der Einsetzungsfähigkeit bei den Städten durch die Praxis, worauf *L. 12. C. de H. I.* etwa schliessen lässt, ist die Zeit doch wohl noch zu früh.

[13]) Vgl. schon Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. p. 277. Früher (so noch Mühlenbruch, a. a. O. p. 423 und v. Vangerow, a. a. O.) brachte man die Erbunfähigkeit juristischer Personen in Zusammenhang mit der Regel: *incerta persona heres institui non potest*, hauptsächlich wegen *Vlp. XXII.* §. *5. Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere uniuersi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant.* Diese Worte urgieren jedoch nicht den Mangel individueller Persönlichkeit, worauf das „*incerta persona heres etc.*" sich bezieht, sondern den physischer Individualität, vergl. v. Savigny, a. a. O. p. 301. Anm. b. und unten §. 19.

[14]) So Arndts a. a. O. p. 914. Schon seit der Glosse *(ad L. 8. C. cit. u. non posse* und Vivianus im *casus ad h. l.)* findet sich bei den Practikern fast allgemein der Satz, dass bloss *illicita collegia* nicht erbeinsetzungsfähig seien, vgl. z. B. Lauterbach, *colleg. Pand. Lib. 28. Tit. 2.* §. *8.* Huber, *Prael. iur. ciu. ad Inst. Lib. II. Tit. 14. Nro. 1. ed. Lips. 1735. p. 191.* Voët, *Comm. in Pand. Lib. 28. Tit. 5.* §. *2.* Westenberg, *Princ. iur. sec. ord. Dig. Lib. 28. Tit. 5.* §. *12.* Hofacker, *Princ. iur. ciu. Tom. II.* §. *1290.* Thibaut, Pand. §. 963. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. §. 443. Bd. III. p. 218. Wenck, Beitrag zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Leipzig 1828. p. 32., s. sogar das Zeugniss Mühlenbruch's, Comm. Bd. 39. p. 442. Bd. 40. p. 66. Anm. 60. Am reinsten von diesem Irrthume hat sich die Französische Schule erhalten, doch theilt ihn D. Gothofredus, *Not. ad L. 8. C. cit.* und *ad L. 9. D. de m. c. d. 39. 6.*, wie er ja auch der

andere Frage ist es übrigens, ob die Erbeinsetzung einer juristischen Person, die an sich allerdings zu den privilegiierten gehören würde, deren Stiftung der Testator aber erst durch seinen letzten Willen beabsichtigt, für rechtsbeständig zu erachten sei. Die Unhaltbarkeit einer solchen Institution folgt mit logischer Consequenz aus dem schon oben entwickelten Satze, dass die erste Voraussetzung der Erbfähigkeit durch die Existenz einer Persönlichkeit gebildet wird, woran es hier gerade noch fehlt[15]). Ebendeshalb kann auch Niemand eine ruhende Erbschaft zur Erbin ernennen oder mit einem Ver-

---

eigentliche Practiker unter den französischen Romanisten jener Zeit ist. Bei den älteren unter den genannten Schriftstellern (vgl. noch Perez, *Prael. in Cod. Lib. VI. Tit. 24. Nro. 12.)* wird vielfach diese Ansicht durch den Glauben veranlasst, oder doch unterstützt, als ob das in *L. 8. C.* erwähnte Privilegium sich auf die staatliche Anerkennung der *collegia*, nicht auf deren Erbfähigkeit insbesondere beziehe, ja Wenck a. a. O. kennt sogar keine andere Auslegung der Constitution.

[15]) Vgl. Mühlenbruch, Comm. Bd. 40. p. 65. Es war diess eine der Hauptfragen in dem Städelschen Beerbungsfalle. Mühlenbruch in seiner Schrift „Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. Halle 1828" entschied sich für die Unzulässigkeit einer derartigen Erbeinsetzung. Die entgegengesetzte Ansicht ist später wieder in Schutz genommen von Northoff. Die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Blum 1833 und neuerdings von Arndts im Rechtslex. Bd. III. p. 915. 916. S. auch Seuffert, Arch. XI. Nro. 9. Jedenfalls darf man sich zu dem Ende weder auf *L. 46.* noch auf *L. 49. C. de episc. et cler. I. 3.* berufen. In der letzteren sagt Justinian ausdrücklich, er habe diejenigen zu Erben gemacht, denen er die Verwaltung der Erbschaft übertragen, also die Armenhäuser und die bischöflichen Kirchen (§. 4. *„si enim heredum eis et ius et nomen dedimus, sine Falcidiae tamen legis emolumento, necesse est, eos debita exigere et creditoribus respondere")*, von deren Vermögen diese Zuwendungen dann einfach einen mit besonderer Zweckbestimmung erworbenen Theil ausmachen. In *L. 46. cit.*, die als *lex restituta* (aus der *collect. XXV. capitul. const. 8.)* nicht einmal glossirt ist, darf man vor Allem, *„εἴ τις τελευτῶν εὐσεβῆ ποιεῖτο διατύπωσιν"* nicht übersetzen „wenn Jemand letztwillig eine fromme Stiftung errichtet", sondern es heisst „eine fromme Anordnung trifft", als deren Ausführer dann die Erben genannt werden, und übereinstimmend damit lautet die Ueberschrift in der *collect. XXV. cap. νόμος περὶ τελευτώντων καὶ διατιθεμένων ποιεῖν ξενῶνα τοὺς κληρονόμους αὐτοῦ. . . . Nov. 131. c. 10.* u. *11.* sind blosse Wiederholungen dieser beiden Constitutionen; s. noch Mühlenbruch, a. a. O Bd. 39. p. 467 ff.

mächtnisse bedenken[16]). 2) Im Justinianischen Rechte tritt Erbunfähigkeit in manchen Fällen zur Strafe ein. Nämlich a) In Betreff der *capite damnati*, d. h. derjenigen, welche zu einer mit dem Verluste der Freiheit oder des Bürgerrechtes verbundenen Strafe verurtheilt sind (*L. 13. D. de B. P. 37. 1. L. 3. pr. §. 1. D. de his q. pro n. script. 34. 8. L. 1. C. de H. I. VI. 24*)[17]), denn indem sie aus der Römischen Gemeinde ausscheiden, verlieren sie damit die Theilnahme an dem Römischen Erbverkehre[18]). Seit jedoch die Erbfähig-

---

[16]) S. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 39. p. 223. Bd. 43. p. 63. Dagegen meint Arndts im Rechtslex. Bd. IV. p. 5. Anm. 28. Pand. §. 471. Anm. 3. „Eine Erbeinsetzung derselben kann aber wohl, als Einsetzung des künftigen Erben aufgefasst, gültig sein."

[17]) Der Verlust der Erbfähigkeit tritt ein mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses *(L. 9. D. qui test. fac. 28. 1. L. 45. §. 1. D. de I. F. 49. 14.)*, also z. B. noch nicht während schwebender Appellation *(L. 13. §. 2. D. qui test. fac.)* und ehe der Kaiser die seiner Bestätigung bedürftige Sentenz confirmiert hatte *(L. 6. §. 7. D. de iniust. 28. 3.)*; doch wird auch das Testament derjenigen ungültig, welche wegen eines mit Capitalstrafe belegten Verbrechens angeklagt, oder auf frischer That dabei betroffen sich aus Schuldbewusstsein selbst entleibt haben *(L. 1. §. 23. D. ad Sc. Silan. 29. 5. L. 3. D. de bonis eor. q. ante sent. 48. 21. L. 45. §. 2. D. de I. F. L. 2. C. q. test. fac. VI. 22.)*. Der Selbstmord gilt hier dem Geständnisse gleich *(L. 3. pr. D. de bon. eor.)*. Doch gestattete das Römische Criminalrecht wegen eigentlicher Majestätsverbrechen *(L. 11. D. ad leg. Iul. mai. 48. 4. L. 6. 7. 8. C. eod. IX. 8. §. 5. I. de hered. q. ab int. III. 1.)* Apostasie *(L. 2. 4. C. de apost. I. 7.)* und Häresie *(L. 4. §. 4. C. de haeret. I. 5.)* die Aufnahme einer Untersuchung noch nach dem Tode des Angeschuldigten, und hier hatte ein condemnierendes Urtheil gleicherweise die Wirkung, das Testament des Verbrechers aufzuheben. *(L. 32. §. 7. D. de don. int. uir. et ux. 24. 1. L. 6. §. 11. D. de iniust. L. 76. §. 9. D. de leg. II. 31. L. 2. C. de test. manumiss. VII. 2.)* Dagegen ist die Consequenz nicht gezogen, dem Verurtheilten auch die passive *testamenti factio* rückwärts etwa bis zur Verübung des Verbrechens zu nehmen. Vgl. Glück, Comm. Bd. 34. p. 81 ff. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 39. p. 17. Schrader, *Comm. ad Inst. p. 755. 756.* — Eine von der unsrigen durchaus verschiedene Frage ist die, ob eine noch nicht rechtskräftig erkannte Vermögensconfiscation durch den inzwischen erfolgten Tod des Bestraften wegfalle. Darüber vgl. vorläufig Marezoll, bürgerliche Ehre p. 48.

[18]) *Cf. Vlp. XX. §. 14. — „nec quasi ciuis Romanus testari potest, cum sit peregrinus" — L. 17. §. 1. D. de poen. 48. 19.*; und *arg. a contr. Paull. R. S. III. 4. A. §. 9.*

keit nicht mehr an ein bestimmtes Staatsbürgerrecht geknüpft erscheint, kann sie durch dessen Aberkennung nicht entzogen werden [19]). Dagegen gieng sie ehemals in Folge der Oberacht verloren, welche, wie die dabei üblichen Formeln beweisen, den Geächteten völlig rechtlos machte [20]). b) Der

---

[19]) Vgl. oben Anm. 6. — Mit Recht gründet v. Wächter, Ueber Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen. Archiv für civ. Praxis Bd. XVII. Nro. 14. p. 426 f. die Erbunfähigkeit der *capite damnati* auf die erlittene *capitis deminutio*, d. h. eben das Heraustreten aus der Gemeinde. Damit stimmt dann *L. 1. C. de H. I. VI. 24.* „*Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt*", noch völlig überein; Peregrinität ist nur ein positiver Ausdruck für „Mangel der Civität", *cf. L. 7. §. 3. D. de interd. et releg. 48. 22.* Die Benennung ἀπόλιδες in *L. 1. §. 2. D. de leg. III. 32* soll die Unmöglichkeit activer Testamentifactio rechtfertigen, „*quoniam nullius certae ciuitatis ciuis est, ut secundum leges ciuitatis suae testetur*" *Vlp. XX. §. 14.* s. noch *L. 8. §. 1. D. qui test. fac. poss. 28. 1.* Ebenso erklärt die Berufung auf die *seruitus poenae* in *L. 3. pr. D. de his q. pro n. script.* und *L. 17. pr. D. de poen. 48. 19.* lediglich die Unstatthaftigkeit eines Erwerbes für den Fiscus, und in *L. 6. §. 6. D. de iniust.* denkt der Jurist mehr an den Zwischenzustand zwischen dem Spruche und der Execution des Todesurtheils, als an den Moment der *capitis deminutio*, der in §. 7. u. 8. *ibid.* hervorgehoben wird. Daher hat die spätere Aufhebung der *seruitus poenae* in *Nou. XXII. c. 8.*, welchen Umfang man dieser Verordnung auch zuschreiben mag (s. Marezoll, bürgerl. Ehre p. 32 ff. Glück, Comm. Bd. 34. p. 85 ff.), auf unseren Rechtssatz keinerlei Wirkung äussern können. Bei Verurtheilungen wegen Militairvergehen pflegte dem *damnatus* das Recht, über seine *bona castrensia* zu testieren, vorbehalten zu werden. *L. 32. §. 8. D. de don. int. u. et ux. 24. 1. L. 6. §. 6. D. de iniust. L. 22. §. 1. D. de legat. III. 32. L. 1. D. de ueteran. et mil. succ. 38. 12. L. 11. pr. D. de test. mil. 29. 1. L. 13. C. de test. mil. VI. 21.* und machte er von diesem Vorbehalte keinen Gebrauch, so trat sogar Intestaterbfolge zu Gunsten seiner Verwandten bis zum fünften Grade hinsichtlich der gedachten Güter ein. *L. 1. 2. D. de ueter. et milit. succ.*, vgl. Marezoll, bürgerl. Ehre p. 42. 58. Glück, Comm. Bd. 34 p. 69—77. Wegen des älteren Rechtes vgl. *Auct. ad Herenn. I. c. 13. Cic. de inuent. II. c. 50.* und überhaupt v. Buchholtz, Jurist. Abh. Kgsb. 1853. Nro. V. p. 114 f. v. Wächter, a. a. O. p. 423—432. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 39 p. 243 f.

[20]) Vgl. *Sachsensp. Ld. R. I. 38. §. 2. III. 16. §. 3. Schwabensp. Ld. R. 228. §. 2. ed. Gengler.* Bamb. H. G. O. Art. 241. *Huber, Prael. iur. ciu. Dig. Lib. 28. Tit. 1. §. 2.* Marezoll, a. a. O. p. 292 f. Zoepfl, Deutsch. Staats- u. R. G. B. II. §. 132. Anm. 1.

Apostaten und gewisser Ketzer[21] (*L. 3. 4. C. de apost. I. 7. = L. 4. 7. C. Th. eod. XVI. 7.; L. 4. 5. C. de haeret. I. 5. = L. 35. 40.* u. *65. C. Th. eod. XVI. 5. cf. Nou. Valent. III. Tit. 17. §. 3. ed.* Haenel). Allen übrigen Häretikern ist es nicht gestattet, in letztwilligen Verfügungen Anderer bedacht zu werden (*L. 22. C. eod.*)[22], jedoch können sie zu Gunsten ihrer rechtgläubigen Kinder oder sonstigen Verwandten testieren (*L. 13. L. 17. §. 1. L. 18. L. 19. pr. C. eod. Nou. 115. c. 3. Nro. 14.*)[23]. Durch die

[21]) Dass *L. 3. C. de apost.* sich auf alle Apostaten beziehe, die zu den Heiden, wie zu den Juden oder ketzerischen Secten übertretenden, ergiebt die Vergleichung mit *L. 1. 2. 3. 4. 7 C. Th. eod.;* nur um die letzteren mit einzuschliessen, scheint im Justinianischen Codex „*haeretica superstitione*" hinzugefügt zu sein. A. M. v. Buchholtz, a. a. O. p. 117 f., vgl. noch *Platner, Quaest. de iure crimin. Rom. p. 264—269.* Von ihnen heisst es nun: „*testamenti non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes*", während *L. 6 C. Th. eod.* wenigstens der ersten Klasse von Abtrünnigen, die sonst als die schlimmsten gelten, zu Gunsten gewisser Verwandten ein Testament zu errichten erlaubt. — Hinsichtlich der Ketzer ist durchgehende Erbunfähigkeit bloss den Donatisten und Manichäern, nicht auch allen übrigen auferlegt, wie gerade der Gegensatz von *hi* (vgl. *Haenel ad h. l. not. i.*) und *ceteri* in *L. 65. §. 3. C. Th. de haeret.* beweist, auf welche sich Mühlenbruch, a. a. O. p. 247. Anm. 95., für das Gegentheil beruft; den ersteren ist jegliche Testamentifactio aberkannt (vgl. auch *Nou. Valent. III. Tit. XVII. §. 3.*), den übrigen „*in certas uix concessa personas*". Hierfür spricht endlich die so vielfach wechselnde Gesetzgebung über die Erbfähigkeit der Eunomianer, *L. 17. L. 23. L. 25. §. 1. L. 27. L. 36. pr. L. 49. L. 58. §. 4. C. Th. eod.*, s. noch v. Buchholtz, a. a. O. p. 118—123. *Platner, l. l. p. 261. sq.*

[22]) In *Nou. 115. c. 3. Nro. 14.* ist Häresie bloss als Enterbungsgrund genannt. Damit hat man unsere Stelle doch wohl so zu vereinigen, dass, wenn die orthodoxen Eltern von diesem Grunde Gebrauch machen, eine spätere Rückkehr der häretischen Kinder zur rechtgläubigen Kirche ihnen den verwirkten Erbtheil nicht wieder verschafft, was ohne ausdrückliche Enterbung der Fall wäre.

[23]) Allerdings sind sie auch ausschliesslich zu Gunsten der genannten Personen zu disponieren fähig. Im Mangel rechtgläubiger Descendenz oder Verwandtschaft tritt der Fiscus ein, die häretischen Eltern mögen ein Testament errichtet haben oder nicht. Bei rechtgläubigen *ab intestato* verstorbenen Eltern, die Cleriker waren, geht die Kirche ihres Wohnortes dem Fiscus vor. (*Nou. 115. l. l.*). Manichäer (*L. 7. §. 2. C. Th. de haeret. L. 15. C. I. eod.*) und Donatisten (*L. 4 pr. C. Th. ne sanct. bapt. it. XVI. 6.*) werden bloss von den orthodoxen Kindern, nicht von

Reichsgesetzgebung Friedrich's II. (*Auth. Gazaros ibid.*) ist ihnen allerdings selbst dieser letzte Rest der Theilnahme am erbrechtlichen Verkehre geraubt[24]) und (durch *Auth. Credentes ibid.*) die volle Erbunfähigkeit auch auf diejenigen ausgedehnt, welche Ketzern irgend einer Art Vorschub leisten; da jedoch diese ganze Bestimmung die criminelle Strafbarkeit der Apostasie und Häresie voraussetzt, unser heutiges gemeines Criminalrecht derartige Verbrechen aber nicht mehr kennt[25]), so erscheint damit der vorliegende Fall der Erbunfähigkeit als antiquiert. c) Erbunfähig waren ferner die Söhne[26]) von Hochverräthern, wogegen die Töchter

---

ihren sonstigen Verwandten beerbt. Davon machen die *Manichaei solitarii* jedoch wieder eine Ausnahme, *L. 9. C. Th. de haeret.*, s. Zimmern, Röm. R. G. Bd. I. p. 473.

[24]) Dafür entscheidet namentlich die Verweisung auf die Strafe der Hochverräther in der Authentika.

[25]) S. v. Wächter, a. a. O. p. 439. Mühlenbruch, a. a. O. p. 249. v. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. III. §. 442. i. f. p. 216. Seuffert, Pract. Pand.-R. §. 519. Puchta, Pand. §. 448. Anm. c. v. Vangerow, Pand. §. 404. Anm. *sub Nro. 3.* Arndts, Pand. §. 471. Anm. 2. Heffter, Crm.-R. §. 416. u. A. m. Für Holland bezeugt die gleiche Praxis bereits *Voët*, *Comm. in Pand. Lib. 28. Tit. 5. §. 5. Huber, Prael. iur. civ. Lib. 28. Tit. 5. Nro. 3.* Man darf sich dieser Praxis gegenüber auch nicht mit Mayer, Erbr. Thl. I. §. 6. Anm. 7. auf den Westphälischen Frieden (*I. P. O. art. V. §. 35. art. VII. §. 1. 2.*) berufen. Denn einmal könnte den Bestimmungen desselben durch die neuere Gewohnheit derogiert sein; dann redet er aber nur von der den übrigen Religionsparteien zu gewährenden staatlichen Duldung, nicht von dem Rechtszustande der Einzelnen, dessen er bloss in der Hinsicht gedenkt, dass die Anhänger der drei anerkannten Confessionen darin einander völlig gleichgestellt sein sollen. S. schon *Stryk, De cautel. testamentor. cap. III. §. 61.*, vgl. noch *Consil. Halens. Tom. I. Pars 2. cons. 67.* v. J. *1718.* (bezügl. eines Socinianers) und *cons. 77* v. J. *1715.* (wegen eines Unitariers).

[26]) Vering, a. a. p. 241. Anm. 5. will hier keinen Fall mangelnder *testamenti factio* anerkennen; er übersieht, dass die Unfähigkeit zu erben eben nur auf dem Fehlen der *capacitas* oder der *testamentifactio* beruhen kann. Diess Gesetz ist unstreitig auf alle Söhne, die vor, wie die nach dem Verbrechen geborenen, die emancipierten nicht minder wie die in der väterlichen Gewalt zu erstrecken, da es ohne weiteren Unterschied die *filii* der Strafe der Erbunfähigkeit unterwirft, und die Ungültigkeitserklärung der nach verübtem Hochverrathe (wenn man das

wenigstens den Pflichttheil[27]) aus der mütterlichen Erbschaft erhalten, und in dem Rechte, über ihr Vermögen letztwillig zu verfügen, unbeschränkt sind. (*L. 5. C. ad leg. Iul. maiest. IX. 8.* = *L. 3. C. Th. ad leg. Cornel. de sicar. IX. 14.*). Wie weit die moderne Praxis hieran festgehalten habe, ist bestritten[28]). d) Viertens gehört dahin die relative[29]) Erbunfähigkeit

---

„*a praedictis*“ in §. 4. unserer Constitution so pressen darf, wie schon die Basiliken *Lib. 60. Tit. 36. cap. 18.* „τῶν ὑποπεπτωκότων αὐτῇ“ und alle Neueren thun) geschehenen Emancipationen nur das Vermögensinteresse des Fiscus im Auge hat (vgl. *Schol. Basil. l. l. Nro. 7. 8. ed. Heimbach, Tom. V. p. 712.*). Uneheliche Kinder als *sine patre filii* (*Gai. I. §. 64.*), und die Kaiser denken offenbar bloss an einen Mann als Verbrecher, fallen nicht unter das Gesetz; desgleichen nicht die Enkel, da nur der *filii* Erwähnung geschieht, noch die Adoptivkinder, weil bei ihnen die *ratio legis* nicht mehr ganz zutrifft „*paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur*“; s. u. A. Voët, *Comm. in Pand. Lib. 48. Tit. 4. Nro. 9.* v. Vangerow, a. a. O. p. 27. 28.

27) *L. 5. §. 3. cit.* „*Ad filias . . . Falcidiam tantum ex bonis matris . . . uolumus peruenire*“ *cf. §. 5. ibid.* Streitig ist, ob die spätere Erhöhung des Pflichttheiles auch auf diesen Fall zu beziehen sei; dafür u. A. Mühlenbruch, a. a. O. p. 246, aus dem ganz richtigen Grunde, weil *Falcidia* nicht schlechtweg „ein Viertel“, sondern vielmehr „das Pflichttheilsviertel“ bedeutet. Dagegen v. Vangerow, a. a. O. p. 28.

28) Die goldene Bulle Karl's IV. hat freilich in *cap. 24.* die Bestimmungen der *L. 5. cit.* wörtlich aufgenommen, und an Anwendungen derselben hat es im Laufe der Folgezeit nicht gefehlt, s. z. B. Lauterbach, *Colleg. Pand. Lib. 48. Tit. 4. Nro. 31.*; allein bei der starken Opposition, die sich in Deutschland beständig gegen die Constitution erhalten hat (s. eben Lauterbach, *l. l.*) und dem Widerspruche zwischen dem in ihr vertretenen Principe und dem heutigen Rechtsbewusstsein sind die überwiegenden Gründe doch auf Seiten derer, welche ihre gegenwärtige Geltung in Abrede stellen, vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 246. v. Holzschuher, a. a. O. Bd. II. p. 528. 529.

29) Eine absolute Erbunfähigkeit nimmt hier an Mühlenbruch, a. a. O. p. 250 ff. Richtig ist es allerdings, dass die Worte „οὐδὲ λήψεται παντελῶς παρ' οὐδενὸς τῶν ἔξωθεν οὐ κλῆρον κ. τ. λ.“ ihr nicht etwa Verwandte zu beerben verstatten, sondern die ἔξωθεν bloss den Gegensatz zu dem Ehemanne bilden, die Wittwe also in der That von Niemandem eingesetzt werden kann; da aber doch Intestaterbschaften an sie gelangen können, und sie selbst testieren darf, so erscheint sie immer nicht als absolut erbunfähig.

der Wittwe[30]), welche das Trauerjahr durch eine zweite Ehe (*L. 1. C. de secund. nupt. V. 9. Nov. 22. cap. 22.*) oder aussereheliche Schwangerschaft (*Nov. 39. c. 2.*) verletzt hat. Sie kann einzig ihre Verwandten bis zum dritten Grade einschliesslich *ab intestato*[31]) beerben, während sie die Befugniss, selbst ein Testament zu errichten, ungeschmälert besitzt. Durch das canonische Recht (*c. 4. 5. X. de secund. nupt. IV. 21.*) und die daran anknüpfende Praxis[32]) sind die auf eine vorzeitige Schliessung der zweiten Ehe gesetzten Nachtheile[33]) aufgehoben. e) Die gleichen Strafen

---

[30]) Die geschiedene Ehefrau muss zwar auch auf alle Fälle ein Jahr mit ihrer Wiederverheirathung warten, indessen sind auf eine Uebertretung dieses Gebotes nicht dieselben Strafen wie für die Wittwe gesetzt, vgl. *L. 8. §. 4. L. 9. C. de repud. V. 17.* Marezoll, a. a. O. p. 187 f. p. 243 ff. — Da übrigens noch die Novelle 22. überall die Infamie der Wittwe nach den bisherigen Rechtsvorschriften als Voraussetzung für die neu eingeführte Ahndung betrachtet, so muss die letztere in dem Falle der *L. 11. §. 2. D. de his q. not. inf. 3. 2.* (vgl. v. Vangerow, Pand. Bd. I. §. 227. Anm. 2. p. 489 f.) gleicherweise ausser Anwendung bleiben.

[31]) S. die Anm. 29. angeführten Worte, deren Beziehung auf die gesammte testamentarische Erbfolge nur noch deutlicher wird durch §. 1. *ibid.* Ἀλλ' οὐδὲ ποῤῥωτέρω κληρονομίαν ἐξ ἀδιαθέτου τῶν οἰκείων αὐτῆς ὑπεισελεύσεται συγγενῶν κ. τ. λ. vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 251.

[32]) Vgl. die desfallsigen Zeugnisse bei *Lauterbach*, *Colleg. Pand. Lib. 23. Tit. 2. Nro. 40. Lib. 24. Tit. 2. Nro. 5.* *Huber*, *Prael. iur. Lib. 23. Dig. Tit. 2. Nro. 9. not.**) *p. 1180.* *Pufendorf*, *Obseru. Tom. IV. obs. 214.* *G. L. Böhmer*, *Elect. iur. ciu. Tom. II. Exerc. 12. §. 4. p. 553. 554.* *Hofacker*, *Princ. iur. ciu. I. §. 510. Not. d.* v. Bülow u. Hagemann, Pract. Erört. Bd. II. Erört. 60. p. 773 ff. Glück, Comm. Bd. 24. p. 197 ff. und die Anm. 85. das. Angeführten. v. Holzschuher, a. a. O. Bd. 2. p. 529. — Wenn nun gleich die Absicht des Pabstes bei Erlass des *c. 5. X. cit.* in der That dahin gieng, jede Strafe vorzeitiger Eheschliessung aufzuheben (... *et ne id tibi uel ei, qui te duxerit, in iacturam vel infamiam ab aliquo imputetur*..., s. *Boehmer*, *Corp. iur. can. II. p. 696.*), so redet die Stelle doch in der verkürzten Gestalt, welche sie in der Decretalensammlung Gregor's IX. erhalten hat, bloss von der Infamie. Allein selbst diejenigen, welche den Schluss missbilligen, den die Praxis hiervon auf die übrigen Strafen machte, wie Sintenis, Civ.-R. Bd. III. p. 90. Anm. 15., geben zu, dass dieselben durch *desuetudo* beseitigt seien.

[33]) Nicht auch die Nachtheile, welche jede *mater binuba* zu Gunsten der Kinder erster Ehe treffen, s. Glück, a. a. O. p. 200 u. vgl. über-

werden in *Nou. 22. c. 40.* wider die Mutter verhängt, welche als Vormünderin ihrer Kinder gegen ihr eidliches Gelöbniss und, noch ehe sie jenen einen neuen Vormund erbeten, ihm Rechnung abgelegt und was aus deren Vermögen sich in ihren Händen befindet, an ihn abgeliefert hat, zu ihrer Wiederverheirathung schreitet. — *Nou. 94. c. 2.* fordert zwar von der Mutter an Statt des Eides bloss ein einfaches Versprechen künftiger Ehelosigkeit, wiederholt aber für dessen Bruch ausdrücklich die alten Strafsanctionen. Dennoch dürften sie heutzutage kaum mehr irgendwo zum Vollzuge gelangen[34]. —

Umgekehrt war nach Römischem Rechte die Erbfähigkeit über ihre natürlichen Grenzen[35] ausgedehnt bei den Sklaven. Einmal können sie letztwillig bedacht werden, sofern mit ihrem Herrn *testamenti factio* besteht[36]. Diess gilt auch von Erbschaftssklaven mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Erblassers[37]. Dann haben nach einer freilich völlig vereinzelten Nachricht Ulpian's (*XX.* §. *16.*) die *serui publici populi Romani* kraft ganz speciellen Privilegs die Befugniss, über die Hälfte ihres Besitzthums zu testieren[38]. —

---

haupt Marezoll, a. a. O. p. 183—190. Zimmern, R.-G. Bd. I. §. 176. p. 641—645. A. M. ist Guyet, Abh. p. 185—187.

[34]) Vgl. z. B. *Voët, Comm. in Pand. Lib. 26. Tit. 4. Nro. 4.* Rudorff, R. d. Vormundsch. Bd. I. p. 265, s. jedoch auch v. Löhr, Magaz. Bd. III. p. 523. — Eine Anzahl anderer Fälle, die man vielfach hier noch aufzählt, gehören nicht hierher, s. Arndts, Pand. §. 471. Anm. 2.

[35]) Es ist eine Inconsequenz, die Erbunfähigkeit der Sklaven besonders hervorzuheben; sie versteht sich bei dem Mangel jeder Rechtssubjectivität von selbst. Wo sie daher die Römer betonen, geschieht es nur hinsichtlich der *serui sine domino. L. 3. pr. D. de his. q. pr. n. script. 34. 8. L. 17. pr. D. de poen. 48. 19.*

[36]) *L. 31. pr. D. de H. I. 28. 5. L. 12. §. 2. D. de leg. I. 30. L. 82. §. 2. D. de leg. II. 31. L. 5. D. de seruit. leg. 33. 3. L. 10. C. de H. I. VI. 24. §. 4. I. de hered. qual. II. 19. Vlp. XXII. §. 9.*

[37]) *§. 2. I. de H. I. II. 14. L. 31. §. 1. L. 52. D. eod. L. 116. §. 3. D. de leg. I. L. 82. §. 2. D. de leg. II. L. 61. pr. D. de A. R. D. 41. 1.*

[38]) Eine entfernte Analogie hierfür bietet allenfalls *Plin. ep. VIII. 16. §. 1. — permitto seruis quoque quasi testamenta facere, eaque ut*

Mit der Erbunfähigkeit darf die **Intestabilität**[39]) nicht verwechselt werden. Diess ist die auf einzelne Vergehen[40]) gelegte Strafe der Unfähigkeit zum Solennitätszeugnisse[41]) und

legitima custodio, vgl. auch die *lex collegii salutaris cultorum Dianae et Antinoi Lanuuin. col. II. u. 4.* u. dazu *Mommsen, De colleg. et sodalic. p. 102.* — Dagegen darf man auch nicht zu viel Gewicht legen auf anscheinend allgemein redende Stellen wie *L. 16. L. 19. L. 20. §. 7. D. qui test. fac. 28. 1.*, in welchen den Sklaven schlechtweg das Recht zu testieren abgesprochen wird. — Durch Leo Philosophus (*Nov. 38.*) wurde den Sklaven des Kaisers unbeschränkte Testierfähigkeit verliehen.

[39]) Vgl. Marezoll, a. a. O. p. 85—94. Rosshirt, Einl. p. 62. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 39. p. 257—262. Vering, a. a. O. p. 251. v. Buchholtz, Jurist. Abhdl. Nro. 5. Wer heisst *intestabilis*.

[40]) Als solche sind uns bekannt, die Weigerung, für einen Act gerichtlich Zeugniss abzulegen, bei dem Jemand als Solennitätszeuge mitgewirkt hat. *Gell. N. A. XV. 13. §. 11. cf. VI. 7. §. 3. Theoph. Paraphr. ad §. 6. I. de test. ordin. II. 10. Gloss. Taur. ad h. l.* (v. Savigny, Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. II. p. 443. Nro. 152.) und das Pasquill. *L. 21. pr. D. de testib. 22. 5. L. 18. §. 1. D. qui test. fac. L. 5. §. 9. 10. D. de iniur. 47, 10.* — Von den Apostaten findet sich wenigstens der Ausdruck „*intestabilis*“ nicht gebraucht, wenn sie gleich ebenfalls aller der Rechte entbehren, die dem eigentlichen *intestabilis* entzogen sind *L. 3. C. de apost. I. 7.*, vgl. noch Marezoll, a. a. O. p. 93. *Schrader, ad. §. 6. I. cit. p. 292.* Dagegen werden Manichäer und Donatisten in *L. 9. u. 54. pr. C. Th. de haeret. XVI. 5.* geradezu mit jenem Namen belegt. Da derselbe jedoch in der späteren Kaiserzeit eine nicht unwesentlich veränderte Bedeutung erhalten hat (s. Anm. 43.), so dürfen wir die damit bezeichneten Personen nicht ohne Weiteres mit den alten *intestabiles* auf eine Linie stellen.

[41]) Diess ist offenbar der Sinn des Zwölftafelfragments bei *Gell. N. A. XV. c. 13. §. 11.* „*Qui se sierit testarier, libripensue fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*“ (vgl. Marezoll, a. a. O. p. 86.). Damit stimmt ferner überein der Gebrauch des Wortes in der *lex Horatia Gell. VI. c. 7. §. 2.* „*testabilis*“ *que una omnium feminarum ut sit*, was Gellius durch das vorangeschickte „*ius quoque testimonii dicendi*“ erläutert (vgl. Marezoll, ebd. p. 87), und die Erklärung des Porphyrio *ad Horat. Sat. II. 3. u. 181.* „*Antiqui eos, quos in testimonium dimitti nolebant, intestabiles uocabant*“. Ebenso erblickt Gaius (*L. 26. D. qui test. fac. 28. 1. Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur . . .*) in der Unfähigkeit zum Zeugnisse das eigentliche Wesen der Intestabilität. Geringeres Gewicht möchte ich darauf legen, wie die Basiliken „*intestabilis*“ übersetzen. Sie bleiben sich darin nicht gleich, und wählen die Uebertragung, die ihnen für die jedesmalige Stelle die passendste erscheint.

nach einer ausdehnenden Interpretation [42]) auch zur Vornahme von Rechtsgeschäften, bei denen Solennitätszeugen mitwirken müssen. Die Möglichkeit, in letztwilligen Verfügungen honoriert zu werden, ist den *intestabiles* wenigstens nach Justinianischem Rechte nicht entzogen [43]). —

Ferner hat man von der Erbunfähigkeit die erbrechtliche Erwerbsunfähigkeit [44]) (Mangel der Capacität, *capere non*

---

[42]) — *et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium*" fährt Gaius in der oben citierten *L. 26.* fort; „*ut quidam putant*", also das Gesetz selbst enthielt davon nichts, es handelt sich bloss um dessen wissenschaftliche Auslegung.

[43]) In der späteren Zeit hat *intestabilis* in der That mitunter diese weiter gehende Bedeutung. So bei dem *Comm. Cruq. ad Hor. Sat. II. 3. v. 181. Intestabilis, cui non licet testamentum condere uel testamento quid ab alio accipere*", bei *Theophil. Paraphr. ad* §. *6. I. II. 10.* und in der *Auth. Frid. II. Credentes Cod. de haeret. I. 5.* Für diesen Sprachgebrauch darf man jedoch nicht anführen *L. 9. C. Th. eod. XVI. 5.* Hier heisst „*intestabilis*" bloss unfähig, ein Testament zu errichten, wie das spätere „*nihil moriens relinquat indignis*" zeigt, worin augenscheinlich das „*intestabilis*" umschrieben wird. (S. Mühlenbruch, a. a. O. p. 258. Anm. 33.) Zweifelhafter ist *L. 54. pr. C. Th. eod. — euidenti praeceptione se agnoscant et intestabiles, et nullam potestatem alicuius ineundi habere contractus.* — Sollen hiernach die Donatisten, unerachtet sie *inter uiuos* keine Liberalitäten empfangen können, zur erbrechtlichen Succession noch Zugang haben, so dass etwa erst Justinian in *L. 4. C. de haeret.* ihnen diess unmöglich gemacht hätte? Und doch möchte der Wortlaut der älteren Gesetze (s. z. B. *L. 4.* §. *3. C. Th. ne sanct. bapt. iter. XVI. 6. — non solum testandi sibi, uerum adipiscendi aliquid sub specie donationis . . . in perpetuum copiam denegatam . . .*) ziemlich deutlich für eine solche Annahme sprechen. — Jedenfalls ist in der Justinianischen Compilation nirgend von dem Mangel der passiven *testamentifactio* als Folge der Intestabilität die Rede, sondern bloss Unfähigkeit zum Zeugnisse und zum Testieren sind als solche angegeben, so nahe sonst immer der Schluss von dieser auf jenen liegen mochte, s. *L. 18.* §. *1. D. qui test. fac.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 258—261. *Vinnius, Comm. ad Inst. ad* §. *6. I. II. 10. Nro. 5.* — Mayer, Erbr. §. 7. Anm. 2. p. 15 f. §. 16. Anm. 15. p. 41 f.

[44]) S. v. Vangerow, Ueb. d. *Latini Juniani.* Marb. *1833. 112—115.* Hunger, Erbr. §. 75. p. 235—238. Mühlenbruch, Comm. Bd. 38. p. 360—363. Bd. 39. p. 158—171. Mayer, Erbr. §. 15. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. III. p. 908—911. Puchta, Instit. Bd. III. §. 308. a. E. §. 313. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 429. Anm. 1. u. d. das. Angeführten, vgl. noch unten §. 19.

posse)[45]) wohl zu unterscheiden. Der *incapax* wird gültig zum Erben eingesetzt[46]) und als Testamentszeuge zugezogen[47]); er hat auch das Recht, wo nicht besondere Gründe entgegenstehen, selbst zu testieren; bloss hinsichtlich des Erwerbes aus letztwilligen Dispositionen (und in einem dem modernen Rechte angehörigen Falle werden wir diess auch auf die

---

[45]) „*Capere cum effectu accipitur*“ *L. 71. D. de V. S. 50. 16.* So ist *capere posse* (*Gai. I. §. 23. II. §. 286. 286a. Vlp. XV. §. 1. 3. XVI. §. 1. XXV. §. 7. al.*) und *non posse* (*Gai. I. §. 24. Vlp. XXV. §. 7. al.*), *capere prohiberi* (*Gai. II. §. 286. 286a. Vlp. XXII. §. 3. L. 10. pr. §. 1. D. de his q. ut indign. 34. 9. al.*), *uetari* (*Gai. II. §. 111.*), *capax* (*L. 29. D. de lib. leg. 34. 3. L. 8. C. comm. de succ. VI. 59. al.*), *non capiens* (*Vlp. XXV. §. 17. L. 43. §. 3. D. de uulg. et pup. subst. 28. 6. L. 18. §. 2. L. 23. D. de his q. ut indign. al.*) und *capacitas* (*Vlp. Rubr. Tit. XVI. L. 1. pr. C. Th. de bon. proscr. IX. 42. L. 55. §. 1. D. de leg. II. 31.*) technischer Ausdruck für Erwerbsfähigkeit und Erwerbsfähige, wenn schon nicht so ausschliesslich, dass er sich daneben nicht noch in anderen Bedeutungen fände. So steht *capere non posse* für Indignität in *L. 128. D. de leg. I. 30.* (*cf. L. 2. §. 1. 2. D. de his q. ut indign.*); es geht auf Erbunfähigkeit oder das Gegentheil, *Cic. pro Caec. c. 35. §. 102. Gai. I. §. 25. II. §. 110. §. 4. I. de hered. qual. II. 19. L. 73. §. 1. D. de leg. I. L. 1. C. de H. I. VI. 24. Nou. Valent. III. Tit. XVII. §. 3.* Die Rechtsbeständigkeit oder Ungültigkeit der Disposition an sich wird damit bezeichnet in *L. 82. §. 2. D. de leg. II. L. 1 §. 8. L. 5. L. 11. §. 1. D. ad leg. Cornel. de fals. 48. 10.* (*cf. L. 14. §. 1. D. eod. L. 1. D. de his q. pro n. script. 34. 8.*), endlich begegnen wir diesen Wendungen in einem ganz allgemeinen Sinne, der die gedachten besonderen Beziehungen zusammen begreift, *Vlp. XVII. §. 1. L. 23. §. ult. D. de aedil. ed. 21. 1. L. 12. §. 1. D. de B. P. 37. 1.*

[46]) *Vlp. XXII. §. 3. Latinus Iunianus, si quidem mortis testatoris tempore uel intra diem cretionis ciuis Romanus sit, heres esse potest, quodsi Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur.* Aehnlich *Gai. II. §. 144. — si — lege Iulia summotus fuerit ab hereditate. cf. L. 128. D. de leg. I. L. 55. §. 1. D. de leg. II. L. 10. pr. §. 1. D. de his q. ut indign.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 159. Anm. 198. Noch augenscheinlicher ist diess bei bloss theilweiser Incapacität, vgl. z. B. *L. 72. D. de H. I. 28. 5. Vlp. Tit. XV. Gai. II. §. 286a. Item orbi, qui per legem Papiam . . . dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt.* — Daneben sind natürlich ungenaue Ausdrücke bei Nichtjuristen, wie z. B. *Iuu. Sat. IX. u. 87. Iura parentis habes, propter me scriberis heres*“ durchaus unbeweisend.

[47]) *Vlp. XX. §. 8. cf. XI. §. 16.*

Intestaterbfolge ausdehnen müssen) ist er beschränkt. Allerdings scheint hierin ein gewisser innerer Widerspruch zu liegen. Wozu, fragt man, überhaupt die Theilnahme am Erbverkehre, wenn sie doch ohne Erfolg bleiben soll? Zum Theil erklärt sich diess aus dem eigenthümlichen Character der Römischen Gesetzgebung um den Beginn der Kaiserzeit, welcher der Begriff der Capacität seine Entstehung verdankt. Damals suchte man nämlich, wo es sich um eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes handelte, das erstrebte Ziel auf indirectem Wege mit möglichster Schonung des formellen Rechtes zu erreichen. Man liess letzteres ruhig fortdauern, raubte ihm aber seine materielle Bedeutung, indem man es zu einem wirkungslosen machte[48]). Andererseits sind doch auch die sehr erheblichen practischen Verschiedenheiten zwischen Erb- und Erwerbsunfähigkeit nicht zu übersehen. (Vgl. unten Anm. 53—57.)

Endlich ist hier noch der Indignität[49]) zu gedenken. Der *indignus* kann nicht allein zum Erben ernannt werden, sondern die Erbschaft oder das ihm zugewandte Vermächtniss sogar erwerben[50]); aber der gemachte Erwerb wird ihm vom Fiscus oder den sonst dazu berechtigten Personen wieder abgenommen[51]), oder von ihnen, falls der Unwürdige diesen Erwerb freiwillig ablehnt, an seiner Statt erhoben[52]).

Die Berufung eines Unfähigen ist ein in sich leerer und nichtiger Act. Deshalb muss in dem Momente, wo sie ergeht — und dieser tritt für sich gesondert nur bei der

---

[48]) S. Huschke, Recht des *nexum p. 120.* Gaius p. 52.

[49]) Vgl. vorläufig Hunger, Erbr. §. 76. Mühlenbruch, a. a. O. p. 171 f. Das Genauere s. unten §. 90.

[50]) *L. 43. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. L. 2. pr. §. 1. D. de his q. ut indign. L. 29. §. 1. D. de I. F. 49. 14. „Eum, qui falsum testamentum dixit, posse adire hereditatem constat“.*

[51]) Daher so oft die Redensart *„quasi indigno aufertur ei hereditas“. L. 2. §. 1. L. 13. L. 20. D. de his q. ut indign. L. 5. C. eod. VI. 35. quasi indignam esse repellendam L. 2. §. 2. D. eod.; Indigno herede pronuntiato, ademta hereditate L. 8. D. ib. — ut indignis — abstulit senatus — hereditatem, L. 12. D. eod.* und Aehnliches.

[52]) *Argum. L. 6. C. de his, quib. ut indign. uerb. „ut possetis adire hereditatem“.*

Testamentserrichtung hervor — der Berufene die Successionsfähigkeit besitzen[53]). Ganz dasselbe gilt von dem (bei der Intestatsuccession mit dem Augenblicke der Berufung nothwendig zusammenfallenden) Angebote der Erbfolge. Diess kann nicht bloss von vorn herein an keinen Unfähigen gerichtet, sondern muss auch von dem, der es erst später geworden, sofort zurückgezogen werden. Daher die Forderung, dass die Erbfähigkeit ununterbrochen von der Delation bis

---

[53]) *L. 49. §. 1. D. de H. I. 28. 5. In extraneis heredibus illa obseruantur, ut sit cum eis testamentifactio, siue ipsi heredes instituantur, siue hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio* — Vgl. *§. 4. I. de hered. qual. Theoph. Paraphr. II. 19.* §. *4.* Man hat nach dem Grunde des Grundes (*ut constiterit institutio*) gefragt, und diesen darin gefunden (s. u. A. Mühlenbruch, a. a. O. p. 220. Anm. 12. Mayer, Erbr. §. 15. Anm. 1.), dass das Testament im neueren Rechte ein Geschäft mit dem Erben sei, §. *10. I. de testam. ordin. II. 10.* Darnach hätte in früheren Zeiten die *testamenti factio* des Erben entbehrlich sein müssen. Deshalb scheint mir die Begründung im Texte durchschlagender. — Wenn ferner Florentinus die *testamenti factio* anscheinend nur für die *extranei heredes* fordert, so ist dieser Schein wohl bloss dadurch entstanden, dass wir den Zusammenhang der Worte des Juristen nicht mehr übersehen können. Ich möchte nach Anleitung des *pr.* glauben, die *extranei heredes* bildeten hier nur den Gegensatz zu den eignen Sklaven des Testators, bei denen man natürlich nicht weiter auf die *testamenti factio,* sondern einzig auf die *potestas* desselben über sie Rücksicht zu nehmen hat. Die sonstigen Erklärungen, dass bei den *sui* die Erbfähigkeit sich von selbst verstehe, oder dass mit den *sui* keine eigentliche *testamenti factio* denkbar sei (*Gai. III.* §. *104.* §. *6. I. de inut. stip. III. 19.*), lassen noch Manches zu wünschen übrig. Denn so wahr jenes an sich auch sein mag, so liegt in der Suität doch gerade die Erbfähigkeit umschlossen, man kann sie also nicht als eine ausschliesslich für *extranei* geltende Bedingung hinstellen (vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 123 ff.). Diess wird erst dadurch möglich, dass vorher schon von der besonderen Form die Rede war, in welcher bei *necessarii heredes* die Successionsfähigkeit erscheint, und auf einen solchen Zusammenhang weist uns eben der Eingang der *L. 49. cit.* hin. Die zweite, von Mühlenbruch selbst angenommene Interpretation hat das gegen sich, dass ehemals zwar das äusserlich zweiseitige Rechtsgeschäft der Testamentserrichtung mit dem *familiae emtor* eingegangen wurde, im Justinianischen Rechte aber es auch formell zu einem einseitigen geworden ist, jene Begründung mithin lediglich für die Periode passt, wo der *familiae emtor* zugleich der Erbe war.

zum Erwerbe der Erbschaft fortdauere[54]). Dagegen schadet es nicht, wenn in der Zwischenzeit von der Testamentserrichtung bis zum Anfalle der Erbschaft die Testamentifactio verloren war, sofern sie der Eingesetzte nur bei letzterem schon zurückgewonnen hatte[55]). (*Media tempora non nocent,*

---

[54]) So fährt *L. 49. §. 1. D. cit.* nach den in der vorigen Anmerkung mitgetheilten Worten fort: *et mortis testatoris, ut effectum habeat; hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, siue pure, siue sub condicione heres institutus sit. Nam ius heredis eo uel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. cf. L. 1. §. 4. D. ad. Sc. Tertull. 38. 17. Paull. R. S. IV. 10. §. 3.* (nach der richtigen Lesart s. Huschke, *ad h. l.*)

[55]) S. Florentinus, a. a. O. *Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris uel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus.* (Eine Ungenauigkeit im Ausdrucke bleibt es immer, wenn hier bald von zwei, bald von drei Zeitpunkten die Rede ist; wie der Jurist zu diesem Wechsel kam, liegt freilich ziemlich offen. Der Erwerb kommt nur als End-, nicht als Anfangspunkt in Betracht, s. *Noodt, Probabil. Lib. I. c. 12. i. f.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 122. 123., vgl. noch *Vinnius, ad §. 4. I. de hered. qual. II. 19. Nro. 5. 6. Huber, ibid. Nro. 2. i. f. Schrader, Comm. ad §. 4. I. cit. u. duobus temporibus* u. *tria tempora.* Gegen Emendationsversuche in Betreff des *duobus temporibus*, vgl. dens. *not. crit. ad h. u. p. 350.*) *L. 59. §. 4. D. de H. I. Si heres institutus scribendi testamenti tempore ciuis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio existit.* Wir empfangen in diesen Stellen zugleich eine Hinweisung darauf, dass der Augenblick des Todes des Erblassers hier nur deshalb genannt wird, weil er der regelmässige Moment der Delation des Erbrechtes ist; indem da, wo ein anderer Zeitpunkt den Erbanfall bestimmt, wie bei bedingten Erbeinsetzungen der der erfüllten Bedingung (vgl. §. 5.), dieser an der Stelle des ersteren genannt wird. Vgl. auch Schoeman, Handb. d. Civ.-R. Bd. II. p. 173 ff. Allerdings fehlt es gerade hinsichtlich der bedingten Institutionen nicht an Streitfragen. So behaupten Manche, dass auch der *sub condicione institutus* bei dem Tode des Erblassers fähig sein müsse (vgl. die Citate bei Mühlenbruch, a. a. O. p. 136.); eine Ansicht, die den klarsten Quellenzeugnissen widerspricht, und bloss durch ein Missverständniss der Regel „*heres quandoque adeundo iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*“ (vgl. §. 6.) veranlasst zu sein scheint, s. *Vinnius, l. l.* Mühlenbruch, p. 137. 138. Umgekehrt findet sich auch die Meinung (s. Mühlenbruch, p. 138.), dass es genüge, wenn bei bedingter Erb-

L. 6. §. 2. D. de H. I. 28. 5. cf. L. 50. pr. D. eod. Theoph. Paraphr. ad §. 4. I. de hered. qual. II. 19.). Der Grund hierfür liegt darin, dass, wenn der Wille des Testators hinsichtlich seiner Beerbung einmal gültig erklärt ist, die Sache für jetzt damit abgethan erscheint. Erst dann, wenn vermöge desselben nun wirklich die Erbfolge eröffnet werden soll, wird man von Neuem zu fragen haben, ob die ernannten Personen in der That successionsfähig sind. — Die Capacität hingegen braucht nur in dem Zeitpunkte, wo der Erwerb geschehen soll, vorhanden zu sein[56]). Ja, es sind hier sogar

---

einsetzung die Successionsfähigkeit von der Delation bis zum Erwerbe vorhanden, dass sie dagegen im Augenblicke der Testamentserrichtung entbehrlich sei. Diese Annahme beruht auf *L. 4. D. de reg. Caton. 34. 7. Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere.* Indem man nämlich das Erforderniss der Erbfähigkeit des Instituierten zur Zeit der Testamentserrichtung aus der Catonianischen Regel ableitete, schloss man umgekehrt, und fand es in dem vorliegenden Fragmente ausdrücklich bestätigt, dass dieselbe bei bedingten Erbeinsetzungen ebenso wenig wie bei bedingten Vermächtnissen zur Anwendung komme, die Erbfähigkeit demnach in diesem Falle bei der Testamentsaufnahme auch fehlen dürfe. Mühlenbruch, a. a. O. p. 138—144, hat dargethan, wie der Sinn der Stelle nur folgender sein könne: Sowie die *regula Catoniana* sich auf Erbeinsetzungen überhaupt nicht bezieht, so greift auch die in Betreff bedingter Vermächtnisse von ihr gemachte Ausnahme bei bedingten Institutionen nicht Platz. Eine Auffassung, die, ob sie schon eine über unsere Frage unter den Römischen Juristen schwebende Controverse erkennen lässt, doch zu einem dem obigen gerade entgegengesetzten Resultate führt. Vgl. noch *Faber, Coniect. Lib. XII. c. 19.* W. Müller, im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XIV. p. 281. Arndts, im Rechtslex. Bd. III. p. 909. Anm. 9. Bloss für die Bedingung des Fähigwerdens wollen Manche selbst von den Gegnern der hier bekämpften Ansicht eine abweichende Behandlung zulassen. Vgl. unten §. 19. — Wegen einiger sonstigen denkbaren Zweifel gegen den Satz, dass bei bedingten Erbesernennungen der Moment, wo die Bedingung sich erfüllt, diess müsste denn schon bei Lebzeiten des Testators geschehen sein, an Statt der Zeit seines Todes zu beobachten sei, s. Mühlenbruch, a. a. O. p. 131—136. Eine eigene Schrift über diese Materie ist: G. H. Lehr, Erörterung der Frage, in welchen Zeitpunkten der Testamentserbe oder Legatar erbfähig sein müsse. Darmst. 1792.

[56]) *L. 11. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 82. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 52. D. de leg. II. 31. L. 22. D. de m. c. d. 39. 6.*, vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 172—190. Die gegentheilige Meinung

theilweis bestimmte Fristen gesetzt, während deren dem Honorierten sein Recht in Erwartung demnächstiger Beseitigung des ihm jetzt entgegenstehenden Hindernisses offen erhalten wird[57]). Die Indignität endlich kann sogar noch nach gemachtem Erwerbe verschuldet werden[58]). —

§. 5. **Erbberechtigung.**

Die Berufung zur Erbfolge geht aus entweder 1) von dem Gesetze, gesetzliches Erbrecht, *legitima hereditas* (*L. 3. §. 2. D. pro soc. 17. 2. L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. al.*), *successio* (*L. 11. C. de inoff. III. 28.*)[1]), *hereditas, quae lege obuenit* (*L. 3. §. 2. D. cit.*)[2]) *etc.*, auch *hereditas* schlechthin (vgl. §. 1. a. E.) oder 2) vom Erblasser, der sich durch ein Rechtsgeschäft einen Erben

---

v. Schröter's, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II. p. 120—122., widerlegt sich schon durch das Beispiel des *Latinus Iunianus* bei *Vlp. XXII. §. 3.*, der gewiss *testamenti facti tempore* die Capacität nicht besass. Ein besonderes Verdienst um Aufhellung des Unterschiedes zwischen Erbfähigkeit und Capacität hat sich erworben W. Müller, Ueber d. Natur d. Schenkung auf d. Todesfall, Giessen 1827. p. 82—92.

57) *Vlp. XVII. §. 1. XXII. §. 3. fr. de iur. fisc. §. 3.*, vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 168. p. 173 f.

58) *L. 29. §. 2. D. de I. F. 49. 14. L. 9. C. de his q. ut indign. VI. 35. cf. L. 1. L. 2. pr. D. eod.*

1) Gewöhnlich wird *legitima hereditas* in einem etwas modificierten Sinne gebraucht; es bezeichnet nicht jede Intestatsuccession, sondern bloss die agnatische, also ausschliesslich der *sui*, vgl. *Rubr. Inst. III. 2. De legitima agnatorum successione. Dig. 38. 16. De suis et legitimis heredibus. Cod. VI. 55. De suis et legit. liberis etc. coll. VI. 58. De legitimis heredibus. Paul. R. S. IV. 8. §. 24. „neque sui, neque legitimi heredis“* unten §. 10. Anm. 5. Ja, in *L. 2. pr. D. de suis et legit. L. 30. §. 1. D. de A. u. O. H. 29. 2.* werden selbst die *consanguinei* von den *legitimi* noch unterschieden, vgl. *Schrader, Comm. in Inst. p. 426.* unten §. 10. Anm. 32. Umgekehrt heisst es in *L. 130. D. de V. S. 50. 16. „Lege obuenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur“.*

2) Vgl. Schilling, Bemerk. über Röm. R.-G. p. 79. Aehnliche Wendungen sind *„lege hereditas ad aliquem uenit“ Cic. in Verr. Lib. I. c. 45. §. 115. „pertinet“ Vlp. XXVI. §. 7. 8. „redeunt bona lege ad aliquem“ Ter. Andr. IV. sc. 5. u. 4.*

ernennt. Im Römischen Rechte giebt es nur ein einseitiges, und darum willkürlich widerrufliches Rechtsgeschäft mit dieser Wirkung, das Testament; daher *testamentaria hereditas* (*L. 17. §. 1. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. L. 130. D. de V. S. 50. 16.*), *testamentaria successio* (*L. 8. C. comm. de succ. VI. 59.* vgl. noch §. 6. *I. per quas pers. n. adq. II. 9.*). Sich durch Vertrag[3]) einen Erben zu bestimmen, dergestalt, dass der Mitcontrahent[4]) dadurch einen directen und unmittelbaren Anspruch auf die Erbfolge erhielte, war bei den Römern schon deshalb unmöglich (*L. 52. §. 9. D. pro soc. L. 15. C. de pact. II. 3. L. 5. C. de pact. conu. V. 14. Leg. Rom. Burg. Tit. 38. ed.* Barkow. *p. 114 u. 16 sq.*), weil das Gesetz, welches die erbrechtliche Succession regelt, wohl durch eine *lex specialis*, wie das Testament ursprünglich eine solche darstellte[5]), aber nicht durch die private Uebereinkunft der Parteien abgeändert werden kann[6]). Allein auch jede persönliche Verpflichtung des Erblassers, Jemanden in seinem Testamente einzusetzen, ist als *contra bonos mores* (*L. 2. §. 2. D. de uulg. et pup. subst. 28. 6. L. 27. §. 4. D. ad Sc. Treb. 36. 1.*), ebenso wie eine etwa darauf abzielende Pönalstipulation (*L. 61. D. de*

[3]) S. *Malblanc, De caus. improbati pacti hereditarii ex iure Rom. Tubing. 1798.* Schöman, Handb. d. Civilr. Bd. II. Nro. 9. p. 180—188. Hasse, im Rhein. Mus. Bd. II. p. 150—241. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 396. Anm. Beseler, Erbvertr. Bd. II. Abth. 1. p. 102—117. Einzelne Nachweisungen über die ältere Litteratur s. noch bei Thibaut, Pand. §. 869. Anm. m.

[4]) Natürlich um so viel mehr, wenn einem Dritten ein Erbrecht ausbedungen werden soll.

[5]) Diess gilt namentlich von der ursprünglichen Form *in calatis comitiis* und *in procinctu. Gell. N. A. XXVII. §. 3.*, ebenso aber noch von dem *testamentum per aes et libram*, s. Huschke, R. d. Nexum p. 7. folg., wobei man sich besonders vor dem Irrthume zu hüten hat, als ob mit der obligatorischen Form des letzeren das Testament auch materiell die Natur eines Vertrages, also dessen Unwiderruflichkeit angenommen habe, s. dag. Huschke, im Rhein. Mus. Bd. VI. p. 292—296.

[6]) Vgl. Glück, Comm. Bd. 6. p. 553. Schilling, Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. p. 186 ff. — Eine andere Ansicht vertritt Schrader in Hugo's Civil. Mag. Bd. V. p. 153 f., welcher annimmt, dass die Römer in frühen Zeiten wahre Erbverträge gekannt hätten.

V. O. 45. 1.) nichtig (*L. 52. §. 9. D. cit. L. 34. C. de transact. II. 4. L. 4. C. de inut. stip. VIII. 39.*)[7]); und diese Anschauung musste, selbst nachdem das Testament längst seine frühere Natur abgestreift hatte und reiner Ausdruck der Privatwillkür geworden war, der Zulässigkeit des Erbvertrages immer noch entgegenstehen. In gleicher Weise entbehrt der vertragsmässige Erbverzicht aus den hinsichtlich des Erbeinsetzungsvertrages angeführten Gründen aller Wirksamkeit (*L. 34. D. de pact. 2. 14. L. 16. D. de suis et legit. 38. 16. L. 35. §. 1. C. de inoff. III. 28. L. 3. C. de collat. VI. 20.*)[8]). — Durch

---

[7]) Vgl. auch noch *L. 114. §. 6. D. de leg. I. 30. L. 17. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1.* Nicht entgegen steht *L. 19. C. de pact. II. 3.;* denn wenn das gegenseitige Abkommen der Soldaten, wonach der Ueberlebende den in der Schlacht Gebliebenen beerben sollte, für gültig erklärt wird, so gestehen ihm die Kaiser damit noch nicht die Eigenschaft eines beiderseitig bindenden Erbvertrages zu, sondern sie erkennen in ihm bloss eine zwar von beiden Theilen, aber von jedem einseitig getroffene Disposition über ihre Beerbung. „*Tamen cum uoluntas militum, quae super ultimo uitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, uim postremi iudicii obtineat... intelligitur ex fratris tui iudicio... etiam rerum eius compendium ad te delatum esse*". Eine nicht unwichtige Rolle spielt diese Constitution in der Entwicklungsgeschichte der Deutschen Erbverträge. Man begründete durch sie wenigstens für den Adel das Recht zu solchen. Vgl. Rosshirt, Einl. p. 45. Anm. 58. s. noch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. p. 56 f. Bd. 42. p. 73 f. — Uebrigens reicht die hier zu Grunde liegende Anschauung noch weit über die Ungültigkeit der Erbverträge hinaus; ganz allgemein heisst es in *L. 52. §. 9. D. cit. — et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit.* Einzelne Anwendungen davon werden wir später noch kennen lernen. — Erst in *Nou. Leon. 19.* ist bestimmt, dass ein Vater, der sein Kind verheirathet und ihm in den Ehepacten einen gleichen Erbtheil mit seinen übrigen Kindern verspricht, daran gebunden sein solle; damit war also für einen Fall ein solches *constringere* gestattet; doch würde man irren, wenn man in einem derartigen Vertrage einen eigentlichen Erbvertrag erblicken wollte.

[8]) Vgl. noch Francke, Notherbenr. p. 217. Auch war man für den Erbverzicht von jeher geneigter anzuerkennen, dass schon die Consequenz des Rechtes, nicht bloss die Rücksicht auf die *boni mores* seine Wirksamkeit ausschliesse. Nur wenn man sich dabei auf Stellen wie *L. 13.* u. *18. D. de A. u. O. H. 29. 2.* beruft, trifft man damit noch nicht die letzte Ursache dieser Erscheinung, die uns vielmehr in *L. 16. D. de suis et legit. 38. 16.* angegeben wird. — Kein Erbverzicht liegt endlich vor in

die zum Theil an Germanische Rechtsgedanken anknüpfende Doctrin des 16. 17. und 18. Jahrhunderts sind indessen beide Arten von Verträgen, nachdem der eidliche Verzicht der ausgestatteten Erbtochter bereits durch das canonische Recht (*c. 2. de pact. in VI. I. 18.*) Gültigkeit erlangt hatte, in Deutschland aufgenommen und zu gemeinrechtlichen Instituten ausgebildet worden[9]). Sie geben und nehmen die Succession unwiderruflich und direct, begründen nicht etwa bloss eine persönliche Verbindlichkeit[9a]) zu späterer Erbeinsetzung oder

---

L. 1. §. 3. D. si quis a par. manum. 37. 12.; von einer Entsagung des Parens auf sein patronatisches Erbrecht ist hier gar nicht die Rede, sondern bloss davon, dass demselben genug geschehen sei; diess wird weder von dem Basilikenscholiasten *(Lib. 40. Tit. 6. c. 1. ed. Heimbach. Tom. IV. p. 84.)*, noch von der Glosse *ad h. l.*, noch neuerdings von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. p. 266 ff. hinlänglich hervorgehoben. Den besten Commentar zu *L. 1. §. 3. D. cit.* liefert: *L. 8. §. 3. D. de bon. libert. 38. 2. Sed et si mortis causa donationem agnouerit, dicendum est, repelli eum a contra tabulas bonorum possessione, sic tamen, si post mortem liberti agnouit.* — Darnach ist zu erklären die auf den ersten Blick bedenklich erscheinende *L. 3. §. 18. D. eod.* „*Sed et si non mortis causa donauit libertus patrono, contemplatione tamen debitae portionis donata sunt, idem erit dicendum; tunc enim uel quasi mortis causa imputabuntur, uel quasi agnita repellent patronum a contra tabulas bonorum possessione*“, wo in der That schon das *uel-uel* (vgl. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. XV. p. 242. Anm. 1.) auf verschiedene Voraussetzungen für das *imputari* und *repelli* hinweist, wie denn ja Beides einen ganz verschiedenen Erfolg hat. — Die *usucapio pro herede* endlich ist niemals Delationsgrund, sondern in ihrer anfänglichen Gestalt Erwerbsart des Erbrechtes gewesen. Vgl. unten §. 42. Völlig abwegig sind die Bemerkungen G. Hartmann's in §. 2. seines in der folg. Anm. citierten Werkes über die hierher gehörigen Bestimmungen des Römischen Rechtes.

9) S. ausser dem angeführten Aufsatze von Hasse noch: Beseler, Die Lehre v. d. Erbverträgen. 2 Bde. Göttingen 1834. 1837. Buddeus, im Rechtslex. Bd. IV. p. 27—48. G. Hartmann, Zur Lehre von d. Erbvertr. Braunschweig 1860. Nach letzterem p. 30 wäre der Erbeinsetzungsvertrag freilich erst sehr jungen Datums, und wesentlich unter dem Einflusse des Beseler'schen Buches zu einem gemeinrechtlichen Institute geworden.

9a) Vgl. auch Brinz, Pand. §. 189. p. 798. „Wir können aber nicht begreifen, was es bedeuten soll, wenn man . . . diesen Vertrag zugleich als eine Promission, den Erblasser als Promittenten, mithin den Erbvertrag als etwas Obligatorisches bezeichnet.“ Solche obligatorische Ver-

Ablehnung des Erbrechtes. — Von ihnen muss man wohl unterscheiden den (von Hasse) sogenannten[10]) Erbschaftsvertrag (*pactum de hereditate tertii uiuentis*), welcher nicht wie jene ein Successionsrecht, sondern den Nachlass eines noch lebenden Dritten zum Objecte hat[11]). Von ihm gelten durchaus noch die Römischen Regeln[12]). Er bleibt nichtig, sofern nicht die Person, um deren Nachlass es sich dabei handelt, ihm (wenigstens nachträglich) ihre Billigung ertheilt[13]), dieselbe auch später nicht zurückgezogen hat. (*L. 29. §. 2. D. de donation. 39. 5. L. 30. C. de pact. II. 3. L. 2. C. Th. fam. erc. II. 24.*). Selbstverständlich ist jedoch Niemand durch diese Zustimmung seinerseits genöthigt, den Paciscenten nun wirklich seine Erbschaft zuzuwenden. — Hiervon abgesehen, gestattet das Römische Recht einzig eine ganz allgemeine, kein bestimmtes Individuum berührende Abrede über ein den Contrahenten in Zukunft etwa anfallendes Erbvermögen (*L. 3. §. 2. D. pro soc. 17. 2.*)[14]). —

träge, Jemanden zum Erben machen zu wollen, sind vielmehr auch nach heutigem Rechte noch ungültig, vgl. *Fichard, Cons. Tom. I. cons. 56. §. 4. Cons. 57. §. 3.* und die dort Citierten. *Bauer, Responsa. Tom. II. resp. 54.*

[10]) A. a. O. p. 220. Doch wird von Manchen gegen diese Bezeichnung polemisiert.

[11]) Der besondere Inhalt des Vertrages kann übrigens höchst mannigfaltig sein, Schenkung, Erbschaftskauf, Erbtheilung u. s. w.

[12]) Vgl. Hasse a. a. O. p. 218—241. Beseler a. a. O. Bd. II. p. 328 ff. Ihnen folgen u. A. Puchta, Vorl. Bd. II. §. 448—450. p. 293. „Die Frage hängt lediglich davon ab, ob der Grund der Ungültigkeit auch für uns noch besteht, also, ob sie auch unserem sittlichen Gefühle widerstrebe; und diess ist allerdings zu behaupten. Es hat auch für uns etwas Verletzendes, über die Erbschaft eines bestimmten, noch lebenden Dritten hinter seinem Rücken zu paciscieren.“ v. Vangerow a. a. O. p. 7. 8. Seuffert, Pand. §. 584. Archiv. Bd. II. Nro. 313. Kapff, Civilrechtsspr. d. Ger. Würtemberg. Bd. I. Nro. 6. Erk. d. O. A. G. zu Celle bei Matthiä, Controv. Lex. Bd. II. p. 165. vom Jahre 1851. A. M. Thibaut, Pand. §. 871.

[13]) Ein Beispiel der Art giebt *L. 46. D. de H. I. 28. 5.* Dass hier schon die Ratihabition von Seiten des Dritten genüge, darüber vergl. Overbeck, Meditationen. Bd. IV. Medit. 232.

[14]) Vgl. Rosshirt, Einl. p. 30. — Eine weitere Modification der Römischen Regel ist in der Deutschen Praxis zum Theile angenommen

Auf Grund der Berufung wird dem Berufenen die Erbschaft deferiert[15]), d. h. das Recht alsbaldiger Succession in dieselbe eröffnet (*L. 151. D. de V. S. 50. 16.*), sie ihm angeboten. Der früheste Moment, wo die Delation eintreten kann, ist der Augenblick des Todes des Erblassers (vgl. §. 1. Anm. 3.). Er wird hinausgeschoben bei der testamentarischen Delation durch hinzugefügte Bedingungen bis zu deren Erfüllung. (*L. 13. pr. D. de A. u. O. H. 29. 2.*) Die gesetzliche Delation findet erst in Ermangelung eines Testamentes Statt (*L. 89. D. de R. I. 50. 17.*); daher Intestatsuccession. So lange noch aus einem letzten Willen succediert werden kann, wird deshalb das Intestaterbrecht nicht deferiert[16]). (*L. 39. D. de A. u. O. H.*) Von dieser Ablösung des einen Delationsgrundes durch den anderen hat man wohl zu unterscheiden die successive Delation, d. h. die erneuerte Delation aus demselben Delationsgrunde (vgl. §. 15. §. 32—35.). —

Unmöglich ist nach Römischem Rechte die Concurrenz von testamentarischer und Intestatdelation. (*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*[17]) *Cic.*

---

worden hinsichtlich der Verträge von Präsumtiverben über das Vermögen verschollener und dispositionsunfähiger Personen. Seuffert, Archiv. Bd. I. Nro. 252. Es ist klar, dass man in diesen Fällen die Gültigkeit des Erbschaftsvertrages anerkennen kann, ohne ihn damit im Allgemeinen für zulässig zu erklären, denn gerade hier wird das Anstössige eines solchen Vertrages meist sehr gemildert sein. Siehe jedoch dagegen auch Kapff a. a. O.

[15]) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. p. 414. 415.

[16]) Vgl. noch §. *1. 6. I. de legit. agnat. succ. III. 2. L. 9.* §. *2. D. de lib. et post. 28. 2. L. 1.* §. *8. L. 2.* §. *5. 6. D. de suis et legit. 38. 16. L. 8. C. comm. de succ. VI. 59.*

[17]) Vgl. *Haubold, De causis cur idem et testato et intestato decedere non possit. 1788. Opusc. acad. Tom. I. p. 315—348* (woselbst reiche Litteraturnachweisungen für die ältere Zeit sich finden) und dazu *Wenck, l. l. p. XXVII.—XXIX.* Thibaut, Civilist. Abhdlg. Nro. V. p. 65—78. Klüpfel, Ueber einzelne Theile d. bürgerl. R. p. 1—18. Seuffert, im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. III. p. 211—221. Dernburg, Beitr. z. Gesch. d. Röm. Testam. p. 302—314. Gans, Erbr. Bd. II. p. 451—462. Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. Ueber d. Rechtsregel „*nemo pro parte testatus* u. s. w." p. 257—369. *Zawitz, de regula*

de inuent. II. c. 21; §. *5. I. de H. I. II. 14. L. 7. D. de R. I. 50. 17. Theoph. ad* §. *5. I. cit.* s. noch *Brachylog. iur. ciu. Lib. II. Tit. 22. De diuisione hereditatis i. f. ed.* Boecking *p. 63.*) Nur das Soldatentestament [18]) macht hiervon eine Ausnahme. (*L. 6. L. 37. D. de test. mil. 29. 1. L. 19.* §. *2. D. de castr. pecul. 49. 17. L. 2. C. de test. mil. VI. 21.*) Ein jeder nämlich, der letztwillig über sein Vermögen verfügt, kann unmöglich bloss über einen Theil desselben disponieren, ohne eine Bestimmung auch hinsichtlich des Restes im Sinne zu haben, da ein Belassen des Letzteren in seiner bisherigen Lage, wie es bei Geschäften *inter uiuos* zu geschehen pflegt, hier undenkbar ist. Diese Bestimmung kann nun freilich noch höchst formlos auftreten; z. B. der Erblasser denkt sich, das Uebrige möge nach dem Gesetze vergeben werden, oder er behält sich einfach eine spätere Entscheidung deshalb vor; immer geht doch sein Wollen auf das Ganze; in dem ersten Beispiele negiert es sich nicht etwa, wie man annehmen möchte, theilweise, sondern es identificiert sich mit dem Gesetzeswillen und empfängt dadurch seinen concreten Inhalt; in dem zweiten Falle ist umgekehrt unzweifelhaft die Absicht vorhanden, nach eigenem Belieben mit dem gesammten Vermögen zu schalten, allein es fehlt zum Theile noch an dem besonderen Inhalte. Darum muss die Ausführung des ganzen Willens, wie überall da, wo er nicht vollständig in der vorgeschriebenen Form ausgesprochen ist, allerdings unterbleiben. Da aber nichts desto

---

sec. quam nemo p. p. test. p. p. intest. deced. potest. Gotting. 1837. Mühlenbruch, Comm. Bd. 38. p. 337—349. Bd. 40. §. 1440. 1441. p. 142—194. Bd. 42. p. 82—94. *Wenzig, De regula iur. Rom. n. p. p. test. etc. Berolini 1853.* Neuner, *Die heredis institutio ex re certa. p. 69. 495. 506.* Lassalle, Das System der erworbenen Rechte. Bd. II. Leipzig 1861. p. 247 ff. Vering, a. a. O. p. 437—448. Von den gangbaren Pandectenlehrbüchern s. insbesondere noch Puchta, Vorl. Bd. II. p. 293. 294. v. Vangerow, Pand. §. 397. Anm., endlich Rosshirt, Einl. p. 38 ff.

[18]) Daher die genauere Fassung der Regel in *L. 7. D. de R. I.* „*Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*“.

weniger die juristische Einheit des Vermögens bei dem Testator eine Disposition bezüglich des Ganzen erfordert, so sah sich die juristische Interpretation genöthigt, den nur theilweise geäusserten Willen auf das Ganze zu erstrecken; denn so weit er nicht gehörig verlautbart ist, existiert er für das Recht überhaupt nicht. — Für das Soldatentestament nahm man von diesem künstlichen Auswege Abstand; man hielt das rein factische Verhältniss fest, wonach der Verstorbene in der That lediglich über einen Theil seiner Erbschaft verfügt hat, und durchbrach dem zu Liebe die juristische Einheit (nicht Untheilbarkeit) des Vermögens [19]. —

---

[19]) Mit Recht ist man in neuerer Zeit zu der Ansicht zurückgekehrt, dass unsere Regel nicht zufälligen historischen Gründen ihre Entstehung verdanke, sondern dass sie auf der inneren Consequenz der Römischen Rechtsanschauung beruhe. Die *naturalis pugna* der *L. 7. D. cit.* weist auf diesen Zusammenhang zu deutlich hin, als dass man ihn lange hätte verkennen können. Denn wenn man gleich einräumen mag, dass *naturalis* nicht überall auf die Natur der Sache, sondern auch wohl auf die positiver Institute zu beziehen sei (*L. 16. §. 4. D. de minor. 4. 4. L. 22. §. 3. D. locat. cond. 19. 2.*, auf die sich Haubold, a. a. O. p. 325. deswegen beruft, dürften diess allerdings noch nicht darthun), so liegt in dem Worte doch immer ausgedrückt, dass der Gegensatz der beiden Begriffe dem Rechtsbewusstsein des Schreibenden als ein innerlich nothwendiger vorschwebte. Deshalb sind alle Erklärungsversuche jener Rechtsparömie aus der früheren Form der Testamentserrichtung (*Haubold, l. l. §. VII. IX.* Dernburg, Beitr. z. Gesch. d. Röm. Test. p. 311.) aus Nützlichkeitsrücksichten (§. *VIII.*), aus dem Wortlaute des XII Tafelgesetzes (Thibaut, a. a. O. p. 76 f. Jhering, Geist d. Röm. R. Bd. II. Lpzg. 1858. p. 482 f. Brinz, Pand. p. 770 f.) durchaus unbefriedigend, vgl. überhaupt die treffliche Kritik der älteren Untersuchungen über diese Materie bei Huschke, a. a. O. p. 259—271. Dieser selbst formuliert seine Auffassung (p. 296. 297.) dahin, dass „der eigentliche Gegenstand, zu welchem ein Erbe berufen wird, die *familia*, d. h. die vermögensrechtliche Person des Erblassers und dass sie als solche untheilbar sei. Wenn nun Jemand sich selbst einen Erben ernennt, so ist es wiederum diese Person, welche diesen Act vornimmt. Also fallen in dem Acte der Erbesernennung Subject und Object in eins zusammen, die *familia* will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst, und hiermit ist der Grund unserer Regel gefunden. Denn wenn so Testator und Erbschaft sich indifferenziieren, so folgt, dass auf dieselbe Weise, wie die Erbschaft objectiv untheilbar ist, auch der subjective mit ihr zusammenfallende Wille untheilbar, mithin jede Con-

Neben dieser wirklichen giebt es jedoch noch eine Anzahl scheinbarer Ausnahmen von dem Satze „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*“ Nämlich: 1) Wenn Jemand mit Uebergehung von *sui*, die nicht *filii* sind, testiert, so erhalten die Präterierten nach Civilrecht

---

currenz eines anderen Willens mit sich ausschliessend sei; und dass also, wenn Jemand testiert, er es nicht bloss zum Theil könne, sondern die *familia* nur entweder ganz oder gar nicht durch sich selbst, d. h. durch ein Testament vererbt werden könne“. — Dieser Darstellung haben sich manche Neuere, namentlich Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 149—151, angeschlossen. — Mussten wir nun die Auffassung der Erbschaft als einer Persönlichkeit oben (§. 3.) im Wesentlichen ablehnen, so folgt schon daraus, dass wir die weiter darauf gegründeten Schlüsse uns nicht zu eigen machen können. Was überhaupt die angebliche Untheilbarkeit der Erbschaft anlangt, so hat bereits Thibaut (a. a. O. p. 68, 69) darauf aufmerksam gemacht, wie sie auch auf dem vorliegenden Gebiete immer nur der Zersplitterung des Vermögens in seine einzelnen Bestandtheile, nicht aber einer Quotentheilung desselben widerstrebe. Die Elemente der von uns vorgetragenen Meinung sind allerdings von Huschke, a. a. O. p. 329, berührt, erscheinen ihm aber zur Erklärung der Regel nicht ausreichend, wie ich glaube, bloss deshalb, weil er übersieht, dass durch einen Willen, der nicht der eigene ist, beerbt werden wollen, entweder ein logisches Unding, oder doch wieder eine Beerbung durch eigenen Willen ist. Ob dieser Wille rechtliche Anerkennung finde, oder nicht, entweder wegen des „*incerta persona institui nequit*“, oder weil darin ein *testari in arbitrium tertii* liegen würde, oder aus welchem Grunde sonst, ist natürlich eine ganz andere Frage. — Dagegen dürften die Ausführungen Puchta's a. a. O. so ziemlich mit den unsrigen zusammenfallen. Man wende endlich gegen sie nicht etwa noch das ein, dass es in *L. 7. D. de R. I.* heisst „*ius nostrum non patitur etc.*“, während unser Verständniss des Canons ihm einen allgemein gültigen, logischen Grundsatz unterlegt. Die weitere Voraussetzung, welche erst die Anwendung dieses Grundsatzes hier möglich macht, dass nämlich das zu vererbende Vermögen in der That eine juristische Einheit bildet, gehört doch immer dem positiven Römischen Rechte an, und ist z. B. dem Deutschen mit seiner Trennung von Lehn und Allod, Fahrniss und liegendem Gut u. s. w. nicht bekannt. — Dass hinsichtlich des Soldatentestamentes die Anschauung Platz greife, „*quasi duorum hominum duas hereditates intelligi*“ (*L. 17. §. 1. D. de test. mil. 29. 1.*), ist gegenwärtig wohl die herrschende Deutung der für dasselbe von der obigen Regel gemachten Ausnahme, vgl. u. A. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 42. p. 83 f. Puchta, a. a. O. p. 294. bei d. Worten „diess würde voraussetzen, dass er zwei Erbschaften hinterliesse“. Neuner, a. a. O. p. 506.

iure accrescendi neben den Eingesetzten einen Erbanspruch auf die Hälfte oder resp. einen Kopftheil von seinem Vermögen[20]). (*Gai. II. §. 124.; Vlp. XXII. §. 17.; Paul. R. S. III. 4. B. §. 8. §. 11. fr. de iur. fisci; Nou. Maiorian. Tit. VI. §. 3. ed.* Haenel; *Gai. epit. Lib. II. Tit. 3. §. 1.; pr. I. de exhered. lib. II. 13. Theoph. Paraphr. ad h. l. Leg. Rom. Burg. Tit. 45. ed.* Barkow). 2) Wenn Jemand mit Hinterlassung eines Testamentes verstirbt, welches mittelst der *bonorum possessio contra tabulas* angefochten wird, in dem er aber zu dieser *bonorum possessio* nicht berechtigte Descendenten und Ascendenten, sowie seine Frau oder Schwiegertochter zur Entschädigung für ihre Dotalforderung instituiert hat, so werden die letzteren bis zum Belaufe ihres Dotalanspruches, jene auf Höhe einer *pars uirilis* vom Prätor als Erben anerkannt[21]). (*L. 5. §. 6. 7. L. 8. §. 1. 2. L. 21. L. 25. §. 1. 2. D. de legat. praest. 37. 5. — L. 10. pr. D. eod.*). 3) Wenn von zwei Notherben der eine übergangen, der andere eingesetzt ist, so kann der erstere unter Umständen ebensowohl ein civiles Intestaterbrecht, wie eine *bonorum possessio contra tabulas*[22]) (*L. 15. pr. L. 16. D. de legat. praest.*), dieser die *bonorum possessio contra tabulas* (*L. 3. §. 11. D. de b. p. c. t.*), die *bonorum possessio secundum tabulas* (*L. 3. §. 12. 13. D. eod. 37. 4.*), oder endlich seinen civilen Erbanspruch *ex testamento* (*L. 14. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 15. §. 1. D. de legat. praest. 37. 5.*) geltend machen und dadurch ein Zusammentreffen der verschiedenen Arten der *bonorum possessio* unter sich, wie mit einem heterogenen Civilrechte herbeiführen. Aehnlich steht es da, wo das Testament wegen Präterition eines *suus* nichtig ist, oder nach dem Tode des Erblassers *iure ciuili* nichtig wird, und nun ein Enterbter *ab intestato*,

---

[20]) Vgl. Huschke, a. a. O. p. 314—317. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 36. p. 338 f. Bd. 40. p. 252.

[21]) S. Huschke, a. a. O. p. 319. 320.

[22]) Ob auch eine *bonorum possessio secundum tabulas*, ist streitig, vgl. *L. 2. §. 1. D. de b. p. s. t. 37. 11.* und dazu vorläufig Leist, *Bonorum possessio* Bd. II. Abthl. 1. p. 165.

der Präterierte mittelst der *bonorum possessio contra tabulas* succediert (*L. 32. D. de lib. et post. 28. 2. L. 1.* §. *9. D. si tab. test. null. 38. 6. L. 20. pr.* §. *1. D. de b. p. c. t.*[23]). 4) Bei Anstellung der *querela inofficiosi* kann es kommen, dass das lieblose Testament nur zum Theile rescindiert wird, sei es, dass Mehrere zu Erben ernannt sind, und der einzige Notherbe gegen den Einen siegt, gegen einen Anderen verliert (*L. 15.* §. *2. D. de inoff. 5. 2. L. 76. pr. D. de leg. II. 31. L. 12.* §. *4. D. de bon. libert. 38. 2. L. 13. C. de inoff. III. 28. cf. Plin. ep. VI. 33.* §. *5.*), ihm gegenüber kein Recht hat (*L. 24. D. de inoff.*) oder freiwillig die Klage unterlässt (*L. 25.* §. *1. D. eod.*); sei es, dass mehrere Notherben sich finden, von diesen aber einzelne im Processe unterliegen (*L. 16. pr. D. eod. L. 29. pr. D. de exc. rei iud. 44. 2.*), gültig ausgeschlossen (*L. 8.* §. *8. D. de inoff.*), oder durch Zuwendung ihres Pflichttheils klaglos gestellt sind (*L. 19. D. eod.*); sei es, dass die Instituierten mit den Klägern ein gleiches Intestaterbrecht haben, wo ihnen nur das entzogen werden kann, was ihnen über ihre Intestaterbportion hinaus zugewiesen ist, diese dagegen stets *iure testamenti* von ihnen zurückbehalten wird (*L. 20. pr. i. f. D. de b. p. c. t. L. 6. 7. D. de dot. coll. 37. 7. cf. L. 25.* §. *1. D. de inoff.*); sei es endlich, dass von den übergangenen Intestaterben nicht alle auch Notherbenrechte besitzen (*L. 27. C. eod.*), oder diese doch nicht allen ernannten Erben gegenüber wirksam werden können (§. *1. I. de inoff. test. II. 18. L. 3. C. Th. eod. II. 19.*), indem dann der jenen zustehende Erbtheil ebenfalls den Testamentserben belassen werden muss[24]). —

---

[23]) Vgl. Huschke, a. a. O. p. 333—336. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 153. 154.

[24]) Vgl. Huschke, a. a. O. p. 336—360. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 35. p. 392 ff. Bd. 40. p. 154—164. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 479. Anm. 1. — Hinsichtlich des Details ist hier allerdings Manches streitig, vgl. deshalb unten §. 87. — Gar nicht hierher gehört das den *serui publici populi Romani* zusgestandene Privileg, wonach sie über die Hälfte ihres Peculiums testieren dürfen, *Vlp. 20.* §. *16.* (vgl. §. 4. zu Anm. 38.), indem diese Hälfte eben die Einheit bildet, auf welche ihr letzter Wille sich erstrecken kann, s. auch Huschke, a. a. O. p. 361. Aehnliche Verhältnisse begegnen uns noch in *Collat. leg. Mos. et Rom.*

So viel liegt in allen diesen Fällen alsbald auf der Hand, dass dieselben gegen den unmittelbarsten Wortsinn der Regel[25]) nicht verstossen, indem die Concurrenz von testamentarischer und Intestaterbfolge hier keinesweges durch den Willen des Erblassers, sondern lediglich in Folge äusseren Eingriffes in seine Dispositionen herbeigeführt worden ist. Allein diese Betrachtung reicht noch nicht aus. Wir haben oben gerade gesehen, wie das Recht fordert, dass der vererbende Wille nicht bloss in der Gestalt, die er in der Seele des Erblassers etwa hatte, sondern so weit ihm juristische Gültigkeit zukommt, sich auf das gesammte Vermögen beziehen müsse. Bei Modificationen letztwilliger Verfügungen über die Beerbung wird sich das Recht deshalb nicht gut anders helfen können, als durch die Fiction, dass die also veränderten Bestimmungen schon vom Testator so gewollt seien, und wo es ein Testament umstösst, wird es diess ganz umstossen müssen (*cf. L. 7. D. de bon. lib. 38. 2.*). Jenes geschieht hinsichtlich des Accrescenzrechtes der *sui*, die nicht Söhne sind[26]); letzteres

---

Tit. 5. cap. 2. §. 2. = Paul. R. S. II. 26. §. 13.; §. 12. fr. de iur. fisci; bei dem Haussohne, der neben einem *peculium castrense* oder *quasi castrense* noch Adventicien besitzt u. s. w., vgl. noch §. 4. Anm. 19.

[25]) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* heisst es hier; also das ist eigentlich nicht gesagt, dass er nicht zum Theile nach eigenem, zum Theile nach fremdem Willen beerbt werden könne, vgl. Seuffert, a. a. O. p. 218. Pract. Pand.-R. §. 517. Anm. 3. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 146 f. Die Unzulässigkeit davon ergiebt sich erst aus der Art, wie das Recht den nur unvollständig geäusserten Willen behandelt. — Manche haben noch hierher gezogen *L. 19. §. 2. D. de pecul. castr. 49. 17. Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et, dum ignorat, patri se suum heredem exstitisse, decessit. Non potest uideri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamuis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori.* — Mit Unrecht; indem jenes *ab initio* nicht den Gegensatz zu der Zeit nach dem Tode, sondern zu der nach der Testamentserrichtung bildet, vgl. auch Thibaut, Civ. Abh. p. 67. 68. Huschke, a. a. O. p. 338. 339.

[26]) Vgl. *L. 4. pr. C. de lib. praeter. VI. 28. . . . filia autem praeterita ius accrescendi ex iure uetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte iure accrescendi euerteret, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur.* — Also ein wirkliches

bei der *bonorum possessio contra tabulas* in Betreff der Personen, welche, ohne prätorische Notherben zu sein, doch in der ihnen zugeschriebenen Erbportion ganz oder theilweise geschützt werden; sie behalten diese nicht als testamentarische Erben, sondern gleichfalls durch *bonorum possessio contra tabulas* [27]); ihre Institution ist nur eine der Bedingungen, unter denen der Prätor ihnen diese *bonorum possessio* ertheilt [28]). — Nicht minder lautet bei der Inofficiositätsquerel, wie diess schon der *color insaniae* mit sich bringt [29]), der richterliche Spruch stets auf Rescission des ganzen Testamentes. Da er aber lediglich zwischen den Processparteien wirksam werden kann, und der Kläger vom Beklagten nicht mehr zu verlangen im Stande ist, als dass er sein Recht nicht beeinträchtige, so wird der practische Erfolg einer solchen Ungültigkeitserklärung sich auf die von dem Querulanten dem Gegner abgestrittene Erbquote beschränken müssen [30]). Eine Besonderheit tritt dabei bloss insofern ein, als dem instituierten gesetzlichen Erben seine Intestatportion durch den Kläger nicht geschmälert

---

euertere fand nicht Statt, vielmehr musste die Tochter wie jeder Testamentserbe die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse leisten, s. auch Huschke, a. a. O. p. 316. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 152. Leist, *Bonorum poss.* Bd. II. Abthl. 1. p. 163 a. E.

27) S. *L. 8. §. 11. D. de b. p. c. t. 37. 4. In adoptionem datos filios non summoueri Praetor uoluit, modo heredes instituti sint . . . Ergo si fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent Edictum.* Daher auch die eventuelle Reduction der ihnen ausgeworfenen Erbtheile. — A. M. Fabricius, Forschungen p. 195 f.

28) S. Huschke, a. a. O. p. 319. 320.

29) *Cf. L. 19. D. de inoff. 5. 2. — secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur . . .* Weitere Consequenzen aus diesem Principe, s. in *L. 13. D. eod. L. 36. D. de legat. III. 32.*

30) Daher in *L. 15. §. 2. D. de inoff. — credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum uidetur, pro parte intestatum uideri.* Ganz dasselbe Resultat kann sich natürlich auch bei jeder anderen *hereditatis petitio* ergeben, welche gegen mehrere Testamentserben gerichtet ist, s. Huschke, a. a. O. p. 359 fg. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 156. Anm. 80.

werden darf[31]), da doch sonst die *hereditatis petitio partiaria* gegen jeden Erbschaftbesitzer gleichmässig anzustellen ist (*L. 1. §. 2. D. si pars hered. pet. 5. 4.*)[32]). —

Grössere Schwierigkeiten verursacht die dritte der obigen Ausnahmen. Zweierlei muss man dabei wieder auseinander halten. Einmal die Concurrenz verschiedener Arten der *bonorum possessio*. Zwar hat der Prätor sie thunlichst zu vermeiden gesucht[33]), möglich bleibt sie indessen doch[34]).

---

[31]) *L. 19. D. de inoff. ... Sed non est admittendum, ut aduersus sororem audiatur agendo de inofficioso. ... et ideo ab extraneo semissem uindicandum, et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat*, vgl. Francke, R. d. Notherb. p. 263 f. Huschke, a. a, O. p. 355. Anm. 159. *Wilkonski, Quaestiones de querel. inoff. p. 35. not. 133.* u. A. m.

[32]) Höchstens *utilitatis causa* wird bei der gewöhnlichen *hereditatis petitio* das gleiche Verfahren beobachtet, *L. 1. §. 3. D. si pars hered. pet.*

[33]) Denn einmal schliesst jede gültig erbetene *bonorum possessio* die nachfolgenden Klassen derselben unbedingt aus, *L. 42. §. 2. D. de bon. libert. 38. 2. ... cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur, accipere non potest;* damit es also zu einer solchen Concurrenz komme, muss die gewährte *bonorum possessio* später in Wegfall kommen, und derjenige, der sie erhielt, auch nach der nunmehr eingeführten noch berechtigt bleiben. Ferner wird *edicto per alium commisso* nicht etwa bis dieser Andere die *b. p. c. t.* agnosciert, nur *secundum tabulas* geerbt, sondern der *heres scriptus* erbittet sofort die *b. p. c. t. L. 10. §. 6. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 14. pr. D. de legat. praest. 37. 5.* — Mit dem späteren Ungültigwerden der *b. p.* steht übrigens auf einer Linie das irrthümliche Nachsuchen einer nicht begründeten, vgl. *L. 5. pr. D. de dot. coll. 37. 7* vgl. d. folg. Anm.

[34]) Z. B. Es ist ein *emancipatus pure*, ein zweiter unter einer nicht potestativen Bedingung eingesetzt. Jener agnosciert die *bonor. poss. sec. tab.*, dann schlägt die Bedingung fehl und der zweite greift nun zu der *contra tabb.* (*cf. L. 3. §. 12. D. de b. p. c. t.*). Hier wird dem ersten nicht etwa nun auch *b. p. c. t.* deferiert, sondern es bleibt bei der *b. p. s. t.*, diese aber wird nach den Regeln der *b. p. c. t.* beurtheilt. (*L. 3. §. 13. D. eod. L. 2. §. 1. L. 5. pr. D. de b. p. s. t. 37. 11.*). Ein ähnlicher Fall ist der in *L. 4. §. 3. L. 5. D. de b. p. c. t.* und in *L. 43. D. de bon. lib. 38. 2.*, wo die *b. p. c. t.* dem Rechte der *b. p. s. t.* folgt. Anders steht es dagegen in *L. 14. pr. L. 15. §. 1. D. de leg. praest. 37. 5.;* dort tritt keine andere Erbfolge an Stelle der ursprünglich begründeten *b. p. c. t.*, bloss anomaler Weise und aus Billigkeitsrücksichten wird sie abweichend behandelt. Vgl. vorl. Fabricius, Forschung. p. 193. Anm. 278. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 37. p. 76 f. Leist,

Diess Zusammentreffen erklärt sich wohl aus der factischen Natur der *bonorum possessio.* Hat Jemand einmal auf einen bestimmten Grund hin die Einweisung in den Erbschaftsbesitz erlangt, so kann diese nicht gut ein zweites Mal Statt finden; die frühere wird lediglich aus dem neuen Grunde zu bestätigen sein. „*Praetor tamen filium, qui admisit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit*" (*L. 2. §. 1. D. de B. P. S. T. 37. 11.*). — Ungleich häufiger ist zweitens die Collision zwischen *bonorum possessio* und civilem Erbrechte. Aber auch hier finden wir in keiner der beiden Rechtsmassen einen doppelten Delationsgrund anerkannt; vielmehr ignoriert der Prätor in solchen Fällen den Standpunkt des Civilrechtes für die Beerbung an sich vollständig, nur die einzelnen durch dasselbe gegebenen subjectiven Befugnisse werden von ihm

---

Bonor. poss. Bd. I. p. 183. — Wenn manche Juristen, wie z. B. Huschke, a. a. O. p. 317, die Möglichkeit eines Zusammentreffens verschiedener Arten der *b. p.* läugnen, so ist diess hinsichtlich der materiellen Gestaltung der Rechtsverhältnisse allerdings richtig; allein formell bleibt es doch die alte *b. p.*, welche anfänglich agnosciert ist, und nun in eine andere übergeht; und eben diess betonen die Quellen vorzugsweise. *L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. uerb.* „*si contra tabulas bonorum possessionem accepisset*", in Wirklichkeit also hat er diese nicht, *cf. L. 2. §. 1. D. de b. p. s. t.* „*ac si contra tabulas acceperit*", *L. 5. pr. D. eod.* „*nam si defecerit condicio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere, Iulianus scribit*". Gegen die Emendationsversuche von Förster und Francke, vgl. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 37. p. 77. 78. Anm. 2—4. Auch mit der Auffassung können wir uns nicht einverstanden erklären, wonach hier das Recht der *bonorum possessio* unberührt fortdauerte, und bloss ihr Grund wechselte. Eine solche Trennung von Recht und Grund möchte von vorn herein unzulässig erscheinen; zudem widerlegt sich diese ganze Argumentation durch die Vergleichung mit dem Falle, wo die *b. p.* alsbald ungültig war, weil es an den edictsmässigen Bedingungen für sie fehlte; eine neue *b. p.* wird da gleicherweise nicht ertheilt; *L. 23. D. si quis omiss. 29. 4. L. 6. pr. D. de B. P. 37. 1. (coll. L. 4. pr. i. f. D. de B. P. C. T. 37. 4. L. 3. §. 5. 12. D. de bon. lib. 38. 2.) L. 5. pr. D. de dot. coll. 37. 7.*, während doch von dem Erwerbe eines Rechtes noch gar keine Rede sein kann. — Dagegen gehört nicht hierher die Concurrenz der *b. p. c. t.* und *s. t.* in *L. 6. pr. D. cit.;* diess Verhältniss ist vielmehr nach Analogie der in Anm. 24. gedachten Erscheinungen zu construieren, wie schon der Ausschluss des Accrescenzrechtes ersehen lässt.

in so weit beachtet, als sie wenigstens in der Hauptsache mit seinem eigenen Erbfolgesysteme übereinstimmen; m. a. W. er fordert nicht, dass sich der Civilerbe auf die Formalien der *bonorum possessio* einlasse, behandelt ihn dann indessen in einigen Nebenpunkten [35]) abweichend von den prätorischen Successoren, hält im Uebrigen aber an dem Principe des *ius honorarium* consequent fest [36]). —

---

[35]) Besondere Vortheile erlangt der Civilerbe dadurch freilich nicht, dass er von der *bonorum possessio* keinen Gebrauch macht; der Prätor gewährt ihm darum nicht mehr Rechte, als wenn er auf dieselbe eingegangen wäre. Dagegen verschlimmert er, abgesehen von dem *interdictum quorum bonorum*, seine Lage dadurch, sofern er, wenigstens nach älterem Rechte, als präterierter *suus* ohne die *b. p. c. t.* keinen Anspruch auf Collation hatte. *L. 10. D. de coll. bon. 37. 6.* Denn dass dieser Fall in der That hierher gehört, und die Erbfolge *c. t.* keinesweges mit der Intestatsuccession homogen ist, ergiebt sich u. A. aus *L. 20. §. 1. D. de b. p. c. t. uerb. „etsi frater ab intestato heres sit, emancipatus tamen non inde accepit bonorum possessionem“*, vgl. noch Huschke, a. a. O. p. 317. 318. Ferner, der *heres scriptus*, der die *b. p. c. t.* verschmäht, bleibt, selbst wenn er durch letztere mehr empfangen hätte, auf den ihm testamentarisch zugewiesenen Erbtheil beschränkt. *L. 8. §. 14. L. 14. pr. D. de b. p. c. t. L. 15. §. 2. D. de legat. praest. 37. 5.* und zur Entrichtung sämmtlicher ihm auferlegten Vermächtnisse verbunden. *L. 14. pr. D. cit. L. 16. D. de legat. praest.*, s. jedoch auch *L. 15. §. 2. D. eod.*, vgl. unten §. 84.

[36]) Eine blosse Folge unserer Regel ist die Lehre von der Accrescenz der Erbportionen, vgl. §. 52. Ferner hängt der Satz eng damit zusammen, dass Niemand aus zwei Testamenten beerbt werden kann, vgl. Huschke, a. a. O. p. 298 f. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 40. p. 187. 188. unten §. 40. Dass dagegen eine Erbeinsetzung *ex die, ad diem* oder unter einer Resolutivbedingung für unzulässig erklärt wird, beruht auf besonderen Gründen, vgl. Huschke, a. a. O. p. 323. 324. Mühlenbruch, a. a. O. p. 188 ff. unten §. 31., s. auch oben §. 3. Anm. 46. — Für den Fall, dass der Erblasser den Instituierten ausdrücklich auf den ihm testamentarisch zugeschriebenen Erbtheil beschränkt und hinsichtlich des Restes keine Disposition getroffen hat, behauptet Mühlenbruch, a. a. O. p. 142. 165. der Ansicht des Bartolus *ad L. 9. §. 13. D. de H. I. 28. 5.* und *L. 29. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.* folgend (vgl. *Huber, Prael. iur. ciu. ad Tit. Inst. de H. I. II. 14. Nro. 3. Vinnius, ad §. 5. I. cit. Nro. 5.*) die Ungültigkeit der ganzen Verfügung und also Eintritt der Intestaterbfolge. Er macht damit unseren Canon und seine Consequenz, das Accrescenzrecht, zu einer blossen Interpretationsregel, s. dag. v. Vangerow, a. a. O. Bd. II. p. 9. unten §. 29. 52.

So weit das Römische Recht. In Deutschland ist die Regel „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*“ in Folge der Zulassung von Erbverträgen durchbrochen[37]). Sie gilt einmal nicht in Bezug auf diese selbst; denn der Erbvertrag ist seiner Natur nach keine Verfügung über die Erbschaft im Allgemeinen, kein letzter Wille, sondern eine Verfügung zu Gunsten einer bestimmten Person. Er ist deshalb nicht der Ort, wo der Erblasser seinen vollständigen Willen über das, was nach seinem Tode mit seinem Vermögen geschehen soll, zu äussern hätte, und darum liegt in der Beschränkung des Erbvertrages auf eine Erbschaftsquote nur das ausgedrückt, dass über den Rest nicht zu Gunsten des Mitcontrahenten disponiert werde, nicht wie bei den Testamenten, dass der Testator, da der nicht in der gehörigen Form verlautbarte Wille juristisch auch nicht als existent gelten kann, hinsichtlich des Restes überhaupt keinen Willen habe. Darum ist das Recht im Stande, ohne logischen Widerspruch die im Erbvertrage niedergelegte Verfügung auszuführen und sich jeder weiteren Umdeutung derselben zu enthalten[37a]).

---

[37]) So weit das heutige Germanische Recht die juristische Einheit der Erbschaft nicht anerkennt, kann natürlich unsere, auf dieser Voraussetzung beruhende Regel nicht zur Anwendung kommen, vgl. *Stryk, Usus modern. Pand. Lib. 28. Tit. 5. §. 8.* Mittermaier, Privatr. Bd. II. §. 334. Allein Manche sind darüber noch hinausgegangen und haben ganz allgemein jenem Satze für den gegenwärtigen Rechtszustand seine Bedeutung abgesprochen. S. z. B. *Voet, Comm. in Pand. Lib. 28. Tit. 1. §. 1. i. f.* Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 38. p. 79—81., vgl. auch Huschke, a. a. O. p. 367. Wenn die vorgetragene Meinung richtig und das „*nemo pro parte etc.*“ bloss eine logische Folge aus der Einheit des Vermögens, der Letztwilligkeit der Testamente und aus dem Erfordernisse einer ausdrücklichen und formellen Erklärung des letzten Willens ist, so muss ihm trotz der dawider erhobenen Zweifel seine Wahrheit auch für das heutige Rechtssystem bleiben. Die particulären Gesetzgebungen, welche diesen Canon speciell aufheben, machen damit eine Ausnahme von dem ersten oder dritten der eben berührten Principien, und müssen im letzteren Falle daneben noch die Präsumtion aufstellen, dass der Testator mit dem Reste, über den er in seiner Disposition geschwiegen, die Intestaterben zu bedenken beabsichtigt habe.

[37a]) So erkennt unsere Praxis die Concurrenz der vertragsmässigen und Intestaterbfolge zweifellos an, s. z. B. *Consil. Tubingens. Tom. I. cons. 67. §. 4.* A. M. G. Hartmann, a. a. O. p. 63. 64.

Zweitens kann der Erbvertrag neben dem Testamente bestehen; er mag demselben voraufgehen oder nachfolgen. Im ersten Falle nämlich duldet der unwiderrufliche Anspruch des Vertragserben nicht einmal ein Ueberschreiten der noch verfügbaren Quote durch den letzten Willen; diese bildet somit für ihn die Vermögenseinheit, auf welche er sich erstrecken muss[38]). Im zweiten Falle hat der Verstorbene seine frühere Bestimmung über die Erbschaft in der That bloss theilweise abgeändert, und die logische Consequenz des Geschäftes, in welchem diess geschehen, zwingt uns nicht, die spätere Disposition auf seine gesammte Habe auszudehnen[39]).

§. 6. **Erwerb des Erbrechtes**[1]).

Der wirkliche Eintritt in das Vermögen des Verstorbenen, der Erbschaftserwerb[2]), erfolgt theils erst durch einen besonderen Act, den Erbantritt (*aditio hereditatis Gai. II. §. 35 . . . ante aditionem . . . id est, antequam heres exstiterit . . . L. 45. pr. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. al.*), in welchem der Delat seinen Willen erklärt, die Erbschaft zu übernehmen (daher *uolun-*

---

[38]) Darum, wo Erbvertrag und Testament neben einander bestehen, und jene Vermögensquote in letzterem nicht erschöpft ist, tritt die Accrescenz nothwendig und ausschliesslich zu Gunsten der testamentarischen Erben ein, vgl. Beseler, a. a. O. Bd. II. Abth. 1. p. 280.

[39]) Vgl. über die hier besprochenen Punkte überhaupt: Glück, Comm. Bd. 6. §. 540. Mühlenbruch, Bd. 38. p. 58—89. p. 345—349. Beseler, a. a. O. p. 277—286. Buddeus, a. a. O. p. 41.

[1]) Vgl. vorläufig Glück, Comm. Bd. 6. p. 531 ff. Arndts, Art. Erbschaft in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. p. 7 ff., s. auch Art. *heres* ebd. Bd. V. p. 238—241. Dann den dritten Abschnitt §. 41—53. des vorliegenden Buches, woselbst die weitere Darstellung des Details dieser Lehre gegeben werden wird.

[2]) *Acquisitio hereditatis* findet sich in unseren Rechtsquellen nicht; wohl aber *acquirere hereditatem;* diess ist der allgemeinste und umfassendste Ausdruck, er bezeichnet den Erbschaftserwerb sowohl der *necessarii*, wie der *uoluntarii heredes*, s. §. *3. I. de hered. q. ab int. III. 1. L. 1. §. 5. D. de A. u. O. H. . . . filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate . . . cf. L. 9. L. 45. §. 2. D. eod.*; besonders ist er im Gebrauche von dem Erwerbe zu Gunsten der Gewalthaber.

tarius heres. L. 3. §. 3. D. de H. I. 28. 5. L. 15. 16. L. 71. §. 1. D. de A. u. O. H. „*uoluntaria heredis persona*“ in *L. 12. D. de cond. inst. 28. 7.* — *L. 13. pr. D. de opt. leg. 33. 5.*) theils ohne Weiteres durch Rechtsnothwendigkeit (*statim ipso iure, L. 14. D. de suis et legit. 38. 16.; Collat. Tit. XVI. c. 3. §. 5.; §. 3. I. de hered. q. ab. int. III. 1.; cf. Gai. II. §. 154.* „*necessitate iuris*“ deshalb *heredes necessarii, Gai. II. §. 157. Necessarii uero ideo dicuntur, quia omnimodo, nolint uelintue, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt.* = *§. 2. I. de hered. qual. II. 19.*). Zu den *necessarii heredes* gehören seit dem Wegfalle der Sklaven[3]), der *in manu*[4]) und *in mancipio*[5]) befindlichen Personen, nur noch die Hauskinder (*filiifamilias*) des Erblassers, die, wie schon ihr Name sagt, mit diesem bereits in demselben Hauswesen stehen, und durch seinen Tod lediglich aus abhängigen Gliedern zu selbständigen Herren im Hause werden (*L. 11. D. de lib. et*

---

[3]) Die Sklaven heissen sogar vorzugsweise *necessarii heredes*, s. *Gai. II. §. 152. Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. §. 153. Necessarius heres est seruus cum libertate heres institutus; ideo sic appellatus, quia, siue uelit, siue nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. cf. §. 1. I. de hered. qual. Gai. epit. II. 3. §. 6. Theoph. Paraphr. ad. §. 1. I. cit. Vlp. XXII. §. 24.* Voraussetzung ist dabei, dass der Sklave zur Zeit der Testamentserrichtung wie des Todes des Testators in dessen *potestas* stehe. *L. 9. §. 16. L. 50. pr. D. de H. I. 28. 5.* Daher nennt man den in dem Testamente eines vermöge der *fictio legis Corneliae* beerbten Kriegsgefangenen instituierten Sklaven desselben, wenn er gleich *ipso iure* Erbe wird, doch nur uneigentlich *heres necessarius. L. 12. D. qui test. fac. poss. 28. 1.* Indessen werden mitunter auch die *sui et necessarii* bloss schlechtweg mit dem letzten Ausdrucke bezeichnet. *L. 20. §. 1. L. 38. L. 57. pr. D. de A. u. O. H. L. 32. D. de manumiss. test. 40. 4.*, vgl. Mühlenbruch, Comm. Bd. 36. p. 146. Anm. 25. Bd. 42. p. 290. Anm. 5.

[4]) *Gai II. §. 159. Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est. cf. ib. III. §. 3.*

[5]) *Gai. II. §. 160. Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit Praetor etiam mancipato, id est ei, qui in causa mancipii est, cum liber et heres institutus sit; cum necessarius, non etiam suus heres sit, tanquam seruus.*

post. 28. 2.)[6]). Sie sind diejenigen, welchen nach dem natürlichen Laufe der Dinge die Erbschaft des *paterfamilias* zufallen soll; daher seine natürlichen Erben (*sui heredes*)[7]),

---

[6]) *In suis heredibus euidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla uideatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam uiuo patre quodammodo domini existimantur. Vnde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere uidentur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. cf. L. 1. §. 12. D. de successor. ed. 38. 9. . . . parentibus liberisque . . . qui paene ad propria bona ueniunt. Gai. II. §. 157.* (s. d. folg. Anm.) *Plin. paneg. c. 37. . . . bonis, quae . . . nunquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa . . . cepissent. Lactant. IV. c. 29. Cum quis habet filium . . . ei nomen domini potestatemque concedit. Plaut. Trin. II. 2. u. 51. Ter. Heaut. I. 1. u. 79. Cic. in Verr. I. c. 44. §. 113.*

[7]) Vgl. dazu *Schulting, Iurispr. Anteiust. ed. Lips. 1737. p. 106. not. 51.* Glück, Intestaterbf. p. 180. 181. *Schrader, Comm. ad §. 2. I. de hered. qual. II. 19. p. 348. uerb. sui ideo.* Mühlenbruch, Comm. Bd. 36. p. 145. Auch sonst im juristischen wie nichtjuristischen Sprachgebrauche findet sich *suus* nicht selten für „natürlich, entsprechend, gehörig", z. B. *L. 57. D. de leg. I. 30. „suo tempore"; L. 58. pr. D. de usufr. 7. 1. „sua die"; L. 32. §. 2. D. ad leg. Falc. 35. 1. „pro suo modo"* (vgl. meine *Iudicialstip. p. 186.*) *L. 7. §. 1. D. de bon. damn. 48. 20. „sua morte"; L. 12. §. 2. D. de captiu. 49. 15. Cic. in Verr. I. c. 47. §. 122. „suo tempore" Ou. Met. XIII. u. 351. „pars est sua laudis in illo". Ep. ex Pont. II. 2. u. 54. „Et res heredem repperit illa suum". Fast. VI. u. 284. „Inueniam causas hac quoque parte suas" Quint. I. O. Lib. VIII. c. 6. §. 7. „Nihil enim horum suis uerbis, quam his arcessitis magis proprium erat".* Ueber andere Auffassungen jenes Ausdrucks („der in der Gewalt des Hausvaters stehende Erbe"; so noch Hugo, Röm. R.-Gesch. 11. Aufl. p. 260., vgl. auch v. d. Pfordten, Abhdlg. Erlang. 1840. p. 124, oder „die sich selbst beerbenden Erben", s. z. B. *Voet, Comm. ad Pand. Lib. 28. Tit. 2. Nro. 1. Huber, Prael. iur. ciu. ad Inst. II. 19. p. 219.* Ferner die bei Glück, a. a. O. Anm. 76. Angeführten), vgl. *Schrader, l. l. u. domestici* und *uiuo patre.* Mühlenbruch, a. a. O. p. 145. 146. Sie rühren zum Theil daher, dass man die sachlichen Erläuterungen der Quellen für Worterklärungen nahm und nun bald diese, bald jene Redewendung zum Ausgangspunkte wählte, während dadurch bloss das nahe Verhältniss der Kinder zum väterlichen Hause von verschiedenen Seiten beleuchtet werden sollte, vgl. z. B. *L. 7. pr. D. de bon. damn. „Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, uelut ad debitam successionem eos uocando, propter quod et in iure*

denen die ausserhalb der Familie unter dem Namen von *extranei heredes*[8]) entgegengesetzt werden. — Bei allen nothwendigen Erben trifft also Delation und Erwerb der Erbschaft zeitlich zusammen. —

Wie lang aber auch bei der Erbfolge von *heredes uoluntarii* der Zwischenraum zwischen beiden gewesen sein mag, immer muss das Vermögen des Verstorbenen, diess fordert der Begriff directer Succession, unvermittelt auf den Erben übertragen werden (*L. 138. D. de R. I. 50. 17. Omnis hereditas, quamuis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. L. 54. D. de A. u. O. H. 29. 2. Heres quandoque adeundo iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*)[9]), womit aber

---

ciuili suorum heredum nomen iis inductum est". *Gai. II.* §. *157.* „*Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodammodo domini existimantur*". *Priscian. Lib. XVII. c. 18.* §. *121.* (*ed. Putsch p. 1088.*) „*Suus dicitur ad discretionem illius, qui secundum leges suus non est, id est sub potestate patris legitimi non est.*" u. die Anm. 6. mitgetheilten Stellen. Ueber das Detail vgl. noch §. 10. und §. 45.

[8]) Vgl. *Gai. II.* §. *152. Pr. I. de hered. qual. et diff. II. 19. Gai. epit. II. 3.* §. *6. Vlp. XXII.* §. *17. Paul. R. S. III. 4. B.* §. *8.* u. bes. *Gai. II.* §. *162.* „*Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur.*" *cf.* §. *3. I. cit.* Auch findet sich die Form „*exter heres*" *L. 84. D. de A. u. O. H. 29. 2.* (*Flor.*) Enger, und überhaupt nicht Kunstausdruck ist das in *L. 17.* §. *8. D. ad Sc. Treb. 36. 1.* gebrauchte „*alienus heres*".

[9]) Vgl. noch *L. 28.* §. *4. D. de stip. seru. 45. 3. L. 193. D. de R. I. 50. 17.* §. *3. I. de hered. q. ab. int. III. 1. Paul. R. S. IV. 8.* §. *6.* (*Collat. Tit. XVI. cap. 3.* §. *6.*) Diese Stellen haben nicht alle denselben Sinn. Die *L. 138. D. de R. I.* sagt einfach, der Erbantritt knüpfe an die Zeit des Todes an; es liege nichts Fremdartiges in der Mitte, was die Herrschaft des Erben nicht mehr als Fortsetzung von der des Erblassers anzusehen erlaube. Ebensowenig ist das *a morte succedere* in *L. 54. D. cit.* etwa mit *mortis tempore* oder *sub mortis tempus heredem existere* gleichbedeutend, wie man gewöhnlich annimmt. Jenes verneint jede vermittelte Erbfolge (vgl. §. 3. Anm. 44.), diess giebt den Augenblick des Verscheidens des Vorbesitzers als Moment für das Erbewerden an. Nun heisst es allerdings in *L. 193. D. cit.* „*Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent;*" allein damit ist die sogenannte rückwirkende Kraft der Erbantretung noch keineswegs bewiesen. Man braucht eben nicht *iura heredum* zu verbinden, sondern kann *heredum* von *habentur* abhängig sein lassen.

freilich nicht gesagt sein soll, es werde rückwärts so angesehen, als ob der Erbe schon im Augenblicke des Todes seines Erblassers — Erbe geworden sei [10]). Wir besitzen

Der Uebergang der erbschaftlichen Rechte, das wäre also der Inhalt unseres Fragmentes, wird durch die Herrenlosigkeit der Erbschaft in der Zwischenzeit nicht gehindert, wobei namentlich wohl an die *hereditate iacente* gemachten Erwerbungen zu denken sein würde, vgl. Raevardus, *ad. h. l. O. O., Francof. 1601. p. 459.* — Wenn man aber auch der gewöhnlichen Interpretation treu bleibt, und dafür spricht die Autorität der Basiliken (*Lib. II. Tit. 3. cap. 193.*), sowie, dass *perinde* in der Verbindung *perinde haberi*, *perinde esse* u. s. w. gar nicht selten adjectivisch und persönlich gebraucht wird (Beispiele dafür bieten *L. 6. §. 1. D. de diu. temp. praescr. 44. 3. Vlp. I. §. 12. cf. ibid. XVI. §. 3. Gai. I. §. 136. L. 21. §. 1. D. de donat. 39. 5.*), so wäre damit immer nur eine zu äusserer Anwendung bequeme Regel gegeben, die sich selbst schon als bloss im Grossen und Ganzen zutreffend bezeichnet, wie *fere* und *perinde* (vgl. Schrader, *Comm. in Inst. p. 395. u. perinde*) ersehen lassen, das juristische Verhältniss mithin keinesweges erschöpfend darlegt. — Der *§. 3. I. cit.* endlich und Paullus a. a. O. stellen eigentlich den Erbfall in Abrede, und meinen ähnlich, wie es in *L. 11. D. de lib. et post. 28. 2.* heisst „*magis liberam bonorum administrationem consequuntur*", es setze sich lediglich die alte Herrschaft fort; nur ist bei Paullus statt der Conjectur „*a morte*" das handschriftliche „*ad mortem*" beizubehalten, vgl. *Vlp. Tit. XXIV. §. 16. L. 61. D. de cond. et dem 35. 1.* „*ad tempus liberorum*". Beide Stellen gehören demnach gar nicht hierher.

[10]) Ich zweifle jetzt, ob ich Recht gehabt, die Worte Puchta's über unseren Grundsatz „Seine wahre Bedeutung ist, den Eintritt der Wirkung zu bestimmen, welchen der Erwerb des Erbrechtes hat, nicht die Wirkung anderer Erwerbungen" (Vorl. Bd. II. p 297) in einem der obigen Ansicht entsprechenden Sinne zu deuten. (*Comm. de trib. reg. iur. p. 31,* s. indessen auch Köppen, Erbsch. p. 129.) Jedenfalls verstehen die Uebrigen unter den Neueren die angeführten Aussprüche der Römischen Juristen zweifellos dahin, dass darnach der Erbe, wenn er angetreten hat, auch rückwärts seit dem Tode des Erblassers als Herr aller erbschaftlichen Rechte zu betrachten wäre; nur dass Savigny, Syst. Bd. II. p. 363 f. dem eine practische Bedeutung nicht beilegt; Jhering, Abhdlg. p. 167. 185. p. 211—224. diese Auffassung durch die spätere Regel „*hereditas domini locum obtinet*" beseitigt glaubt. Scheurl, Beitr. I. p. 49 ff. vertheidigt gegen Jhering ihr Fortbestehen neben der letzteren, und behauptet, dass sie durch diese bloss in so weit modificiert worden sei, als einmal die während ruhender Erbschaft erzeugten positiven Rechtswirkungen durch die retrotractive Fiction nicht aufgehoben werden, und zweitens ungültige letztwillige Verfügungen zu Gunsten von Erbschaftssklaven und Stipulationen derselben mit nament-

kein einziges Quellenzeugniss, durch welches eine solche Annahme irgend gerechtfertigt würde [11]), wohl aber lässt sich

licher Bezeichnung des Erben durch dessen Eintritt nicht convalescieren (ebd. p. 73.). Windscheid endlich (Krit. Uebersch. I. p. 204) und Köppen, a. a. O. p. 149 f., erblicken in dem „*a morte successisse intelligi*" lediglich den formalen Ausdruck der Bestimmung der ruhenden Erbschaft für den Erben, und der Erscheinung, dass alle Vermögensveränderungen der Zwischenzeit ihn treffen.

[11]) Nach Jhering soll die retrotractive Fiction in folgenden Stellen als practisch eingreifend anerkannt sein: *L. 70. pr.* §. *1. L. 116.* §. *4. D. de leg. I. 30.* (a. a. O. p. 212. 215); allein hier handelt es sich um ein Damnationslegat, wie die Ausdrücke „*dari, praestari*" beweisen. Die Confusion der Servituten, welche dem Erben an den erbschaftlichen Grundstücken zustanden, ist also auf alle Fälle gerechtfertigt (vergl. v. Scheurl, a. a. O. p. 78. 79. Köppen, a. a. O. p. 142—44.). In *L. 9. D. de naut. foen. 22. 2.* enthält der Passus „*quamuis eo die, qui primus soluendae pecuniae fuerit, nemo uixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde poena committi potest, ac si fuisset heres debitoris*" wohl eine Vergleichung mit dem Zustande der angetretenen Erbschaft, jedoch keinen Hinweis auf eine Fiction desselben, und diess um so weniger, als es sich gerade um die Möglichkeit einer Einklagung der Conventionalstrafe von den Bürgen noch vor dem Erbantritte fragen mochte. *L. 20.* §. *1. D. de cond. inst. 28. 7.* spricht ebenso wenig von einer rückwärts geschehenen Convalescenz der Freilassung, wie mit Jhering, a. a. O. p. 168. 180, sogar Scheurl, a. a. O. p. 56. 57, vermeint; eine solche Convalescenz erscheint selbst nach der ganzen Natur der Freilassung nicht gut zulässig (vgl. *L. 20. D. qui et a quib. 40. 9.* Böcking, Pand. Bd. I. p. 431.). Die Sache hängt vielmehr so zusammen. Der vor dem Erbantritte vom Erben manumittierte Sklave erlangt, sobald der Erbe antritt, die Latinität, indem er sich nunmehr *uoluntate domini* im Zustande factischer Freiheit befindet (s. meine Comment. p. 32 f. Köppen, Erbsch. p. 135 f., der nur ebenso wie Scheurl darin fehlt, dass er „*secundum uoluntatem testatoris*" mit „*conualescit*" und nicht mit „*data*" verbindet; diese Worte sollen eben andeuten, dass der Erbe, so weit diess in seiner Macht gestanden habe, die von dem Testator ihm gesetzte perplexe Bedingung erfüllt hat). Ferner soll, wie Jhering, a. a. O. p. 181 f. meint, *L. 36. D. de solut. 46. 3.* dadurch für die retrotractive Fiction beweisen, dass nach Ursejus Ferox, wenn späterhin kein Kind geboren wird, mit der auf die ganze erbschaftliche Forderung angestellten Klage, dieselbe vollständig *in iudicium* deduciert sei. Mit Recht wird dagegen von Köppen, Erbsch. p. 138 ff., eingewendet, wie die Entscheidung „*nihil me consumsisse*" hiermit keineswegs in Einklang stehe, die andere „*recte me egisse*" dagegen sich vielmehr aus dem von Sabinus und Cassius in *L. 28.* §. *5. D. de iudic. 5. 1.* verworfenen

das Gegentheil aus mehr als einer Stelle unserer Rechtsbücher mit voller Sicherheit nachweisen [12]).

Schwerlich würde indessen die in Rede stehende Rechtsparömie bei ihrer bloss theoretischen Bedeutung uns so oft im Munde der Römischen Juristen begegnen, wenn sich nicht doch auch die Lösung einer practischen Frage an sie knüpfte. Eine solche Beziehung, vielleicht selbst ihre wörtliche Fassung, hat sie durch Cassius erhalten, der sie dazu benutzt, die Gültigkeit einer auf den künftigen Erben gestellten Stipulation

---

Principe erkläre, „*rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent*“, wobei man der *L. 30. §. 6. D. de A. u. O. H. 29. 2.* gegenüber nur daran festhalten muss, dass der Erblasser hier in der That „*uxore praegnante relicta*“ verstarb. Vgl. noch unten §. 16. In *L. 15. pr. D. de usurp. 41. 3.* endlich bezieht sich der Streit zwischen Julian und Marcellus auf die Tragweite der Fiction der *lex Cornelia* und die Behandlung des Peculiarbesitzes, wie eine Vergleichung mit *L. 12. §. 2. D. de capt. 49. 15.* und *L. 12. D. qui test. fac. poss. 28. 1.* erkennen lässt (vgl. Unterholzner, Verj. Lehre Bd. I. p. 482. Anm. 486. p. 486. Anm. 487.); zudem ist nicht recht abzusehen, wie in diesem Falle die Fiction der rückwirkenden Kraft und der Satz „*hereditas domini locum obtinet*“ zu practisch verschiedenen Resultaten hätten führen können. (S. meine Comment. p. 38. gegen Jhering, a. a. O. p. 200.) — Wegen *L. 55. §. 1. D. de leg. II. 31.* s. oben §. 3. Anm. 43. und wegen *L. 27. §. ult. D. de pact. 2. 14. L. 16. L. 18. §. 2. L. 28. §. 4. L. 35. D. de stip. seru. 45. 3.* die weitere Ausführung im Texte.

[12]) Vgl. neben den schon bisher berührten Quellenaussprüchen noch *L. 16. D. de stip. seru.*, wo es von dem Erbschaftssklaven ohne jede Beschränkung heisst „*stipulationis tempore heres dominus eius non fuit*“. In *L. 43. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.* sagt Pomponius mit Rücksicht auf die Klaganstellung durch den Erben „*dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuit, cum damnum daretur*“; ähnlich äussert sich Neratius über den legierten Erbschaftssklaven, welcher den Erben *hereditate iacente* bestohlen hat „*quia neque tunc, cum faceret furtum, eius fuit*“, und so an anderen Stellen mehr. Nach der ganzen bisherigen Ausführung ergiebt sich, wie die Erscheinungen, welche Scheurl (vgl. Anm. 10.) als Ausnahmen von der Regel der Retrotraction ansieht, lediglich Folgerungen aus dem regelmässigen Rechte sind, welches von einer solchen Rückbeziehung im Sinne Jhering's und Scheurl's nichts weiss. Uebrigens versteht sich von selbst, dass das „*ex mortis tempore succedere*“ wie von dem „*uniuersum ius, quod defunctus habuit*“, so auch von den einzelnen erbschaftlichen Rechten gelten muss, s. meine Usucapion p. 66. Anm. 32.

erbschaftlicher Sklaven zu begründen (*L. 28. §. 4. D. de stip. seru. 45. 3.)*[13]). Diese befinden sich, so lange die Erbschaft ruht, in Niemandes Eigenthum; wenn sie dennoch des Vermögensverkehres fähig sind, so beruht das darauf, dass sie nach wie vor einem Römischen Hauswesen angehören[14]); für diess erfolgt jetzt wie früher ihr ganzer Erwerb. Da dasselbe nun die Bestimmung hat, dereinst dem Erben zuzufallen, so ist aller Erwerb für die Erbschaft zugleich ein Erwerb für den Erben, und, bei dem unvermittelten Uebergange der Erbschaft auf ihn, ein Erwerb für Niemand anders als ihn. Ob der Sklave also der *hereditas* oder dem *heres futurus* stipuliert,

---

[13]) *Illud quaesitum est, an heredi futuro seruus hereditarius stipulari possit? Proculus negauit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit, posse, quia, qui postea heres exstiterit, uideretur ex mortis tempore defuncto successisse. Quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit; manifestum igitur est, serui stipulationem ei acquiri.* Wenn die Aeusserung hinsichtlich der *familia funesta facta* hier wirklich nicht mehr sagen soll, als dass dem Erben die Trauerzeit vom Tode des Erblassers ab berechnet werde (vgl. *L. 8. D. qui not. inf. 3. 2.* Köppen, Erbsch. p. 153. Anm. 2.), so würde diess unsere Auffassung der in Rede stehenden Regel nur bestätigen, indem eine solche Berechnung noch keinesweges die Fiction begründet, der Erbe habe damals wirklich getrauert. Wegen der Stellung des Cassius zu unserem Canon s. noch Köppen, a. a. O. p. 147 f. Doch scheint es uns unhaltbar, wenn dieser Autor die practische Veranlassung zur Formulierung jenes Satzes in dem Bestreben findet, den Uebergang der *actio legis Aquiliae, arborum furtim caesarum,* des *interdictum quod ui aut clam,* aus den während der ruhenden Erbschaft begangenen Delicten auf den Erben äusserlich zu rechtfertigen, indem dazu nach dem Zeugnisse der *L. 13. §. 5. D. quod ui. 43. 24.* gerade die Auffassung der *hereditas* als *domina* benutzt wurde. Vgl. oben §. 3. Anm. 29—32.

[14]) Die Befähigung des Sklaven zur Theilnahme am Vermögensverkehre gründet sich nicht auf das Eigenthum, sondern auf die *potestas,* in welcher er steht. Vgl. Puchta in Richter und Schneider, krit. Jahrb. f. Deutsch. R.-W. Bd. VIII. (1840) p. 685. Curs. d. Inst. Bd. II. §. 212. p. 433. 434. Diese *potestas* ist aber eben der Mittelpunkt, in welchem das ganze Hauswesen sich als Einheit zusammenschliesst. Wo wir das letztere noch fortbestehen sehen, müssen wir deshalb auch in demselben Sinne, wie die Römer von der *hereditas* als *domina* reden, eine Fortdauer der *potestas* annehmen.

bleibt im Grunde dasselbe. *Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen uice funguntur* (*L. 22. D. de usurp. 41. 3.*)[15]). — Wider diese Ansicht des Cassius erklärten sich indessen manche der namhaftesten Juristen der Folgezeit; so Papinian und Paullus (*L. 18. §. 2. D. cit.*; *L. 16. D. eod. L. 27. §. ult. D. de pact. 2. 14.* wo der Gegensatz zwischen dem *heres futurus* und dem *pactum in rem* über die ursprüngliche Bedeutung der Stelle keinen Zweifel lässt), offenbar indem sie bei dem *heres futurus* nicht sowohl an den allgemeinen Begriff, als an die bestimmte Persönlichkeit dachten, welche nachmals etwa Erbe werden mag. Erst Modestinus bekennt sich wieder zur Meinung des Celsus (*L. 35. D. de stip. seru. 45. 3.*)[16]). Sie ist denn auch von Justinian in seine Compilation aufgenommen, und man hat darnach die abweichenden Aeusserungen der übrigen Juristen künstlich mit ihr in Einklang zu bringen, indem man die oben angeführten Fragmente von einer auf den individuellen Namen des späteren Erben lautenden Stipulation versteht, deren Gültigkeit allerdings von keinem der Römischen Rechtskundigen je behauptet worden war[17]). —

---

[15]) Vgl. §. 3. Anm. 45. — Hierher gehört noch *L. 24. D. de nouat. 46. 2.* — *hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.* (*Pompon. Lib. V. ex Plaut.*). So nach der Florentinischen Lesart, wogegen die Vulgata emendiert „*ad heredem eius, cuius . . .*“ Gewiss muss man bei jener stehen bleiben, theils wegen des Zeugnisses der Basiliken, *Lib. XXVI. Tit. 4. c. 24.* „*ἀλλὰ μετέρχεται πρὸς τὸν κληρονόμον, οὗ τινος ἡ κληρονομία τὸ πρόσωπον ἐν τῷ μεταξὺ ἐπέχει*“, theils wegen der ähnlichen Ausdrucksweise der *L. 22. D. de usurp. 41. 3.*; der Leichtigkeit, mit der man bei dem so vielfach wiederkehrenden Satze „*hereditas defuncti locum obtinet*“ sich zu einer Textveränderung getrieben fühlen mochte, und endlich der unleidlichen Breite jener Umschreibung. —

[16]) *Seruus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.* (*Modestin. Lib. VII. Regular.*) Erst einer missbräuchlichen Anwendung des „*heredis personam hereditas sustinet*“ gegenüber betonte Julian das „*hereditas defuncti locum obtinet*“ mit entscheidendem Erfolge, vgl. §. 3. Anm. 42.

[17]) Auf diese Weise hebt schon die Glosse den vorhandenen Zwiespalt, *ad L. 16. D. cit. u. nominatim. ad L. 28. §. 4. D. eod. u. heredi futuro. ad L. 27. §. ult. D. de pact. u. nominatim.* Auch bei den

§. 7. Hereditas und bonorum possessio [1]).

Neben dem civilen Erbrechte (*hereditas*, vgl. §. 1. a. E.) hat sich nach und nach ein prätorisches Erbfolgesystem (*bonorum possessio*) [1a]) entwickelt. Anfänglich eine blosse Besitzeinweisung in den Nachlass [2]), konnte die *bonorum*

Byzantinern findet sich biereits dieselbe Auflösung, *Basil. Lib. XI. Tit. 1. c. 27. §. 10. Schol. ed.* Heimbach, *Tom. I. p. 610.*; und sie ist bei ihrer Natürlichkeit denn auch bis auf die neuesten Zeiten herab in unbestrittener Herrschaft geblieben, s. z. B. Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 59. v. Scheurl, Beitr. Bd. I. p. 67. u. A. m.

[1]) Vgl. H. Donelli, *Comm. iur. ciu. Lib. VII. c. 14.* Hugo, *De bonorum possessionibus, Halae. 1788.* Koch, *Bonorum possessio.* Giessen 1799. Glück, Intestaterbfolge. Zweite Auflage. Erl. 1822. §. 86—107. v. Löhr, Einige Bermerkungen aus der Lehre v. d. *bonor. poss.* in seinem und Grolman's, Magazin, Bd. III. Abh. 8. p. 216—358. Bd. IV. Abh. 10. p. 149 ff. Abh. 20. p. 403—419. Hunger, Erbr. §. 5—7. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der *bonorum possessio* bis zum Aufhören des *ordo iudiciorum priuatorum.* Berlin 1837. Huschke in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. f. deutsche R.-W. Jahrg. III. Bd. 5. Lzpg. 1839. p. 1—34. Heimbach, Art. *bonorum possessio* in Weiske's Rechtslex. Bd. II. p. 306—343. Leist, *Historia bonorum possessionis secundum tabulas. Gött. 1841.* Die *bonorum possessio*, ihre geschichtliche Entwickelung und heutige Geltung. Göttingen. Bd. I. 1844. Bd. II. 1848. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 398—400. Vering, a. a. O. p. 577—633. S. J. Hingst, *Comment. de bonor. possessione. Amstelaed. 1858.* Ianssonius, *De origine b. p. Groning. 1859.*

[1a]) Höchst selten ist die Umstellung „*possessio bonorum*“, was regelmässig den Güterbesitz bezeichnet, der Folge der *in bona missio* ist. Doch finden sich einzelne Beispiele eines abweichenden Sprachgebrauches, wie *L. 4. §. 1. D. de off. ei. cui mand. 1. 21.*, vgl. Heimbach, a. a. O. p. 307. Anm. 1. a. E.

[2]) Leist, *Bonor. poss.* Bd. I. p. XXV. macht dawider geltend, wie aus der blossen Besitzeinweisung ohne besondere äussere Einwirkung nie der Begriff eines wahren Erbrechtes, einer Universalsuccession sich habe entwickeln können. Dagegen genügt schon, glaube ich, die Hinweisung auf die *usucapio pro herede*, welche in ihrer älteren Gestalt ebenfalls in der Bemächtigung des Nachlasses eine Bemächtigung des *uniuersum ius, quod defunctus habuit*, anerkennt, und der Name des ganzen Institutes führt doch wohl auch mit Nothwendigkeit auf die im Texte gemachte Annahme zurück. Uebrigens liegt darin ein Doppeltes ausgesprochen; dass anfänglich weder der Prätor selbst in der *bonorum possessio* ein Erbrecht erblickte, noch dass sie vom Standpunkte des Civilrechtes aus für mehr als eine thatsächliche Besetzregulierung gelten konnte.

possessio freilich auch später kein wahres Erbrecht geben (*Gai. III. §. 32. Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt ... cf. Vlp. XXVIII. §. 12; §. 2. I. de B. P. III. 9. Theophil. Paraphr. ad h. l. L. 1. D. de poss. h. p. 5. 5.*), stellte indessen factisch den *bonorum possessor* dem wirklichen Erben gleich (*Gai. l. l. sed eis siquidem praetor det bonorum possessionem, loco heredum constituuntur. cf. ibid. IV. §. 111. Pr. I. de perp. et temp. act. IV. 12. L. 2. D. de B. P. 37. 1. L. 13. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 117. L. 128. §. 1. D. de R. I. 50. 17.*)[3]), so dass man in minder genauer Ausdrucksweise die *bonorum possessio* und den *bonorum possessor* unter der *hereditas* und dem *heres* mit begriff (*L. 138. L. 170. D. de V. S. 50. 16.*[4]). In dieser Eigenschaft giengen 1) alle einzelnen erbschaftlichen Klagen als *utiles actiones* activ wie passiv auf den *bonorum possessor* über (*Gai. IV. §. 34. Vlp. XXVIII. §. 12.*), und die dinglichen Rechte waren *in bonis* desselben (*Gai. III. §. 80.*). 2) Er erhielt ein eigenes *interdictum adipiscendae possessionis*, das *interdictum: Quorum bonorum* auf Erlangung des Besitzes an den Nachlasssachen (*Gai. IV. §. 144; §. 3. I. de interd. IV. 15.* vgl. unten §. 63.); 3) analog der civilrechtlichen *hereditatis petitio* eine prätorische Universalklage, die *possessoria hereditatis petitio* auf Anerkennung des prätorischen Erbrechtes (*Tit. Dig. 5. 5. De possessoria hereditatis petitione* vgl. unten §. 59.). —

Der Prätor verlieh sein Erbrecht in Gemässheit einer vollständigen Erbfolgeordnung (vgl. *Isidor. Orig. V. 25. Bonorum possessio est ius possessionis certo ordine certoque titulo acquisitum*), in welcher auch die Civilerben betreffenden Orts Platz fanden. Der Empfang der *bonorum possessio* gewährte ihnen

---

[3]) Vgl. Heimbach und Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. II. p. 306 ff. Bd. V. p. 240. Anm. 11 ff.

[4]) S. oben §. *1. L. 23. §. 5. D. de aedil. ed. 21. 1. „aduersus heredes omnes“* und überhaupt Arndts, a. a. O. Bd. V. p. 240. Anm. 13; *„hereditas honoraria“* in *L. 1. C. de sec. nupt., V. 9.*

gewisse Vortheile, insonderheit das *interdictum quorum bonorum* (*Gai. III. §. 34; §. 1. I. de B. P. III. 9.* vgl. oben §. 5. Anm. 35.) ist aber für sie nicht, wie für die bloss prätorischen Erben nothwendig (vgl. *Collat. Tit. XVI. c. 3. §. 5.*). Im ersteren Falle sprechen die Neueren von einer *bonorum possessio utilis*, im letzteren nennen sie dieselbe *necessaria*. (Vgl. Hugo, Röm. Rechtsgesch. p. 612. Anm. 8.) — Die *bonorum possessio* verschafft dem Eingewiesenen nicht immer definitiv den Nachlass. Es kann einmal sein, dass die Voraussetzungen, unter denen der Prätor dieselben ertheilt, bei näherer Untersuchung sich doch nicht, wie diess Anfangs den Anschein hatte, als vorhanden herausstellen (*possessio data non intelligitur L. 42. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2.*, *frustra petita est L. 5. pr. D. de dot. coll. 37. 7.*, *non tenet datio b. p. L. 1. §. 1. D. de uentre in poss. 37. 9.*)[5]), oder, wenn sie gleich ursprünglich vorhanden waren, nachmals wegfallen (*possessio ad irritum recidit L. 16. §. 1. De de inoff. test. 5. 2.* vgl. noch *L. 11. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. de b. p. s. t. 37. 11.*). — Zweitens kann dem *bonorum possessor* die *possessio* möglicher Weise von dem Civilerben abgestritten werden, sofern er ein besseres Recht auf die Erbschaft geltend zu machen im Stande ist. Dann sagen

---

[5]) Vgl. v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 284 ff. Glück, a. a. O. p. XXVI. ff. Leist, *Bonor. poss.* Bd. I. p. 177. Auch „*bonorum possessio peti non potest*" findet sich von diesem Falle gesagt, theils in der stillschweigenden Voraussetzung, dass der betreffende Mangel von vorn herein ersichtlich ist, wo dann ja sogar *denegatio bonorum possessionis* von dem Prätor ausgesprochen werden konnte (*L. 3. §. 15. 16. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 48. D. de bon. lib. 38. 2. L. 5. D. si a parent. 37. 12.*), die von der Verweigerung der erbrechtlichen Klagen des *bonorum possessor* noch wohl zu unterscheiden ist (s. *L. 50. §. 1. 2. D. de bon. lib. L. 29. §. 2. D. de don. 39. 5.*), theils indem man das *peti cum effectu* verstand. Analoge Ausdrücke für *denegare b. p.* sind: *repelli a. b. p.*, s. *L. 8. §. 2. 3. L. 14. §. 6. 11. L. 16. §. 1. L. 50. pr. D. de bon. lib.; non admitti ad b. p. L. 6. §. 4. L. 37. §. 1. L. 38. pr. D. eod.; remoueri a b. p. L. 14. pr. §. 5. D. eod. excludi a b. p. L. 38. pr. D. eod. summoueri a b. p. ibid.*, vgl. v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 286. Anm. 1. unten §. 10. 21. 84. Dagegen gehört das „*sine effectu*" der *L. 19. D. de b. p. c. t. 37. 4.* nicht hierher.

die Quellen von ihr, sie sei *sine re*[6]) (*Gai. III.* §. *35. Vlp. XXVIII.* §. *13. „cum alius iure ciuili euincere hereditatem possit.“*). Entgegengesetzten Falls heisst sie *cum re* (*Gai. II.* §. *148. Vlp. XXIII.* §. *6.* — *„cum re, id est cum effectu“* — *XXVI.* §. *8. L. 25. C. de inoff. III. 28.*). Tritt neben dem *bonorum possessor* ein Anderer ein, so pflegt man sie neuerdings wohl als *partim cum re, partim sine re* zu bezeichnen. — Der Unterschied dieser Fälle besteht darin, dass die *bonorum possessio sine re* eine zwar an sich gültige, allein wenn sie von dem *heres* angefochten wird, unwirksame Ertheilung des prätorischen Erbrechtes ist, wogegen die *bonorum possessio*, deren Bedingungen nur irrthümlich erfüllt geglaubt wurden, oder später deficierten, durchaus nichtig erscheint (*L. 3.* §. *3. D. de Carb. ed. 37. 10. „... dicendum erit, nihil eum egisse ...“*). Der Erbschaftsstreit, durch welchen die *bonorum possessio* ihre Wirksamkeit verliert, besteht entweder in der von dem Civilerben erhobenen *hereditatis petitio* wider den *bonorum possessor*, wogegen diesem eventuell die Einrede der Arglist ertheilt wird (*L. 15. pr. D. de leg. praest. 37. 5.*), oder kommt bei Gelegenheit der von letzterem gegen jenen angestellten prätorischen Klagen, also namentlich des *interdictum quorum bonorum* zum Austrage, welches allerdings an und für sich dem *bonorum possessor* auch gegen den Civilerben zusteht (*Gai. IV.* §. *144.*)[7]),

[6]) Den Ausdruck *„res“* pflegt man in dieser Zusammensetzung in dem Sinne von „Vermögen“ zu verstehen. S. Hugo, Röm. Rechtsgesch. 11. Aufl. p. 610. Anm. 3. v. Löhr, a. a. O. p. 281. Francke, Notherbenr. p. 98. Leist, a. a. O. Bd. I. p. 239. Anm. 2. u. a. m. Manche jedoch nehmen ihn gleichbedeutend mit *effectus*, sehen also in der Ulpianischen Definition (XXIII. §. 6.) nicht bloss eine sachliche, sondern zugleich eine Worterklärung; so Glück, Intestaterbf. p. XXVI. Für die erste Auffassung entscheiden doch wohl Redeweisen, wie *rem habere, obtinere, concedere, auferre* u. s. w., deren sich die Quellen unendlich oft mit Beziehung auf die Erbschaft bedienen, s. v. Löhr, a. a. O. p. 281. Anm. 1—4. Nachgebildet ist *„hereditas sine re“* und *„cum re“* (vgl. Hugo, a. a. O. p. 608) bei *Ambrosius. O. O. Tom. III. Venet. 1751. col. 1186. Nro. 3. ep. 75. Clementiano. „sunt heredes sine re, sunt et cum re“*, vgl. auch *Gai. III.* §. *36.*

[7]) — *interdictum ... Quorum bonorum; eiusque uis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideret, id ei, cui bonorum possessio*

von diesem aber durch *exceptio doli* zurückgewiesen werden kann (*L. 11. §. 2. D. de B. P. S. T. 37. 11.* vgl. auch *L. 1. §. 3. D. si a parente 37. 12.*)[8]). Die Regel für die Entscheidung derartiger Collisionen der beiden Erbfolgesysteme ist die, dass der *heres*, welcher die *bonorum possessio* nicht erbeten hat, dann vorgeht, wenn ihm auch nach prätorischem Rechte der Platz vor dem *bonorum possessor* gebührt hätte[9]). Dagegen darf man sich auch nicht darauf

---

data est, restituatur. pro herede autem possidere uidetur t a m i s, q u i h e r e s e s t, *quam is, qui putat se heredem esse;* s. ferner v. S a v i g n y, Verm. Schrift. Bd. II. p. 312. L e i s t, a. a. O. Bd. I. p. 228. 322. 383 ff. v. V a n g e r o w, Pand. Bd. II. p. 426.

[8]) *Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus uita decessit. Scriptus heres,* s i p o s s e s s i o n e m p e t a t, e x c e p t i o n e d o l i m a l i s u m m o u e b i t u r, *quia dando se arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transfert.* — Offenbar ist hier nicht an eine *exceptio doli* zu denken, welche der Agnition der *bonorum possessio* entgegengesetzt würde, wofür das dabei beobachtete Verfahren durchaus keinen Raum liess, sondern „*possessionem petat*" muss man wohl wörtlich von dem Besitze der Nachlasssachen verstehen, so dass die Einrede der Arglist dem *interdictum quorum bonorum* gegenüber vorgeschützt wird. So schon C u i a c i u s, *Recit. ad Lib. XIII. Quaest. Pap. h. l.* „*quia scripto, qui accepit secundum tabulas,* a g e n t i p o s s e s s o r i i s a c t i o n i b u s *obstabit exceptio doli mali*". s. ferner F r a n c k e, Notherbenrecht p. 107. F a b r i c i u s, a. a. O. p. 72—77. 143. L e i s t, *Bonor. poss.* Bd. II. Abth. 1. p. 274. Anm. 4. v. V a n g e r o w, Pand. Bd. II. §. 458. p. 231 (freilich im Widerspruche mit §. 509. p. 426 ebd.). Ob die *exceptio doli* in der *Collat. Tit. XVI. c. 3. §. 1.* die der *L. 11. §. 2. D. cit.* oder umgekehrt die bei *Gai. II. §. 120.* erwähnte sei, müssen wir bei der kritischen Unsicherheit des Textes hier dahingestellt sein lassen.

[9]) Vgl. *L. 10. D. de coll. bon. 37. 6. Si filius in potestate heres institutus adeat, et emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas ipse non petat, nec conferendum est ei, et ita edictum se habet. Sed magis sentio, ut,* q u e m a d m o d u m p r o p a r t e h e r e d i t a t e m r e t i n e t, e o i u r e, q u o e t b o n o r u m p o s s e s s i o n e m p e t e r e p o s s e t, *ita et conferri ei debeat* . . . Fast noch bezeichnender ist die Florentinische Lesart „*iure eo, quod.*" *L. 14. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. Sed illud obseruandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat,* d u m t a m e n n o n a m p l i o r e m, q u a m h a b i t u r u s e s s e t, s i b o n o r u m p o s s e s s i o n e m a c c e p i s s e t . . . *L. 15. §. 2. D. de leg. praest. 37. 5.* . . . P r a e t o r

berufen, dass die *b. p. secundum tabulas* dem Civilerben gegenüber lange Zeit stets *sine re* gewesen sei, und erst ein Rescript von Antoninus Pius für gewisse Fälle dem *bonorum possessor* eine *doli exceptio* wider die Erbschaftsklage des ersteren gestattet habe[10]). Denn daraus lässt sich nur so viel entnehmen, dass der Prätor hier den Anspruch des

---

hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.. heisst es von dem im Testamente eingesetzten Emancipierten, neben dem ein zweiter *emancipatus* übergangen war. §. *1. I. de B. P. III. 9.* „*Sed et remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas iure ciuili*", was dem ganzen Gedankengange nach nur als eine Folge davon dargestellt wird, dass in diesen Fällen der Prätor „*neque emendandi, neque impugnandi ueteris iuris, sed magis confirmandi gratia*" die *b. p.* verheissen habe; eine Auffassung, die auch in der Paraphrase des Theophilus ganz ebenso wiederkehrt. S. ferner §. *9. 13. I. de hered. q. ab int. III. 1. pr. I. de legit. agn. succ. III. 2.* und dazu v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 309. Heimbach, a. a. O. p. 333. 334. Freilich giebt es daneben auch Stellen mit scheinbar umgekehrtem Inhalte, wie *L. 15. pr. D. de leg. praest.* „*Is, qui in potestate est, praeteritus ... et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure*". Allein bei derartigen Aeusserungen wird überall stillschweigend vorausgesetzt, wie der Prätor das civile Erbrecht für diese Fälle bereits als gültig anerkannt habe, und erst von da aus auf die Gestaltung des Details weiter geschlossen. Wenn nämlich einmal das *ius ciuile* hier neben der *bonorum possessio* fortbesteht, also gewisser Massen in den Zusammenhang des prätorischen Erbfolgesystemes mit aufgenommen ist, so hat der Magistrat gerade dadurch auch schon die materiellen Befugnisse des Civilerben seiner eigenen Rechtsanschauung für entsprechend erklärt.

[10]) Es ist bekannt, wie die für die Collisionsfälle zwischen *hereditas* und *bonorum possessio* im Texte aufgestellte Regel seit ihrer Ausführung durch Hugo in der oben gedachten Inauguraldissertation (s. auch Röm. R.-G. p. 608 und Civ. Magaz. Bd. I. p. 90) ziemlich allgemein angenommen wurde; erst von Fabricius wurde in der Anm. 1. citierten Schrift (p. 105 ff., 208 ff.) mit Rücksicht auf die Nachricht des Gaius über die *b. p. s. t.* gegen die Hugo'sche Doctrin Opposition erhoben, die denn auch bei einzelnen Späteren, namentlich bei v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 399. Anm., Anklang gefunden hat. S. dawider jedoch die Gegenausführungen von Leist, *Bon. poss.* Bd. I. p. 225 f. Bd. II. Abth. 1. p. 259 f. und v. Löhr, Magaz. Bd. IV. p. 441—467.

legitimen Successor nicht zu Gunsten des Eingesetzten schmälern wollte, dieser also gerade nach der Rangordnung des Edictes erst hinter jenem gerufen wurde, nicht aber, dass ihm eigentlich eine bessere Stelle zugedacht gewesen sei, der Magistrat jedoch den Bestimmungen des Civilrechtes gegenüber damit nicht habe durchdringen können; eine Auffassung, die unläugbar, wenn es sich dabei um mehr als einen blossen Wortstreit handeln soll, dem gegnerischen Principe zu Grunde liegt, wonach das Erbfolgesystem des *ius honorarium* mit wenigen Ausnahmen dem des *ius ciuile* stets weichen müsste [11]). —

Nach dem Grunde, aus welchem der Prätor seine *bonorum possessio* anbietet, unterscheidet man, ähnlich wie im Civilrechte, eine Succession gegen den Willen des Erblassers: *b. p. contra tabulas;* mit dem Willen desselben: *b. p. secundum tabulas;* endlich ohne seinen Willen: *b. p. intestati* (*Vlp. XXVIII. §. 1. L. 6. §. 1. D. de B. P. 37. 1.*). — Die Reihenfolge dieser Delationsgründe [12]) ist dieselbe wie nach der civilen Erbordnung [13]); die testamentarische geht der Intestatsuccession [14]), und jener natürlich wieder die gegen das Testament vor. — Auch gelten für die *bonorum possessio* hin-

---

[11]) Vgl. bes. Leist an den in der vor. Anm. citierten Stellen.

[12]) Denn auch bei der *b. p.* sprechen unsere Quellen von Delation: *L. 2. §. 2. 4. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1. pr. §. 3. 5. 11. L. 2. D. de success. ed. 38. 9. §. 9. I. de B. P. III. 9. al.*

[13]) *§. 3. I. de B. P.* „*Sunt autem bonorum possessiones* (*1.*) *ex testamento quidem hae: prima quae, praeteritis liberis datur uocaturque contra tabulas; secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus Praetor pollicetur, ideoque uocatur secundum tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est,* (2) *ad intestatos transitum fecit . . .*“ *L. 2. pr. D. de b. p. s. t. L. 1. pr. D. si tabb. test. null. 38. 6.* „*Posteaquam Praetor locutus est de bonorum possessione eius, qui testatus est, transitum fecit ad intestatos eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est . . .*“ *L. 1. §. 2. ibid. L. 1. §. 1. D. quis ordo. 38. 15.*

[14]) *L. 39. D. de A. u. O. H. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. L. 70. pr. D. eod. L. 89. D. de R. I. 50. 17. L. 8. C. comm. de succ. VI. 58.*

sichtlich der Erbfähigkeit[15]), Capacität[16]) und Indignität[16a]) im Ganzen[17]) dieselben Regeln, welche oben (§. 4.) in Bezug auf das Civilrecht vorgetragen sind. Dagegen wird das Recht der *bonorum possessio* nie *ipso iure* erworben; es giebt keine nothwendigen prätorischen Erben (*L. 3. §. 3. D. de B. P. 37. 1.* „*Inuito autem nemini bonorum possessio acquiritur.*"). Dazu bedarf es überall einer besonderen in bestimmter Frist abzugebenden Erklärung vor dem betreffenden Magistrate (*Petere bonorum possessionem cf. §. 8. 9. 10. I. de B. P. III. 9. L. 4. 5. L. 7. pr. L. 11. D. eod. 37. 1. al.*)[18]), worauf dieser

---

[15]) *L. 59. §. 4. D. de H. I. 28. 5. L. 13. D. de B. P. 37. 1. L. 19. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 9. D. si tabb. test. null. 38. 6.* vgl. noch *Cic. ad Diu. VII. ep. 21. Vlp. XXIII. §. 6. L. 19. D. qui test. fac. poss. 28. 1. L. 2. D. de b. p. c. t. L. 1. §. 8. D. de b. p. s. t. 37. 11.* Huschke, Studien p. 16.

[16]) *L. 12. §. 1. D. de B. P.* „*Vbicunque lex uel senatusconsultum uel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.*"

[16a]) *L. 10. D. de iur. patron. 37. 14. L. 9. 14. 15. L. 16. pr. — §. 3. L. 19. pr. L. 33. L. 37. §. 1. L. 48. 51. D. de bon. lib. 38. 2.* vgl. v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 289. Anm. 1. *Val. Max. VII. 7. §. 6. 7.* Huschke, Krit. Jahrb. Bd. V. p. 15.

[17]) Einzelne Abweichungen finden sich allerdings schon deshalb, weil die *bonorum possessio* immer als Ausfluss des magistratischen Imperium galt und darum dem Einflusse der jedesmaligen prätorischen Verfügungen in ganz anderer Weise unterlag wie das Civilrecht. So musste dem *indignus* und dem *incapax*, wenn das Sachverhältniss alsbald liquid erschien, die *bonorum possessio* ohne Weiteres verweigert werden. Daher sagt *L. 19. pr. D. de bon. lib.* . . . „*non est ambiguum contra tabulas ei non deferri bonorum possessionem*" von einem Falle, wo Jemand durch Anfechtung des Testamentes des Erblassers, also einen gerichtskundigen Act, sich zum *indignus* gemacht hatte (vgl. auch *L. 5. D. si a parent. 37. 12.*), wogegen nach Civilrecht die Delation an ihn und selbst die Möglichkeit des Erbantrittes für ihn ungeschmälert bestehen blieb. (S. oben §. 4. Anm. 50—52.) Allein war bei der Ertheilung der *b. p.* Incapacität oder Indignität zufällig nicht zur Sprache gekommen, so galt die *b. p.* dieses Mangels wegen doch noch nicht für *non data*, wie *L. 29. §. 2. D. de donat. 39. 5.* beweist, wonach der *indignus* nur die erbrechtlichen Klagen nicht soll anstellen dürfen. In dieser Hinsicht scheint v. Löhr, a. a. O. zu weit zu gehen.

[18]) Die Bitte um die *b. p.* gründet sich auf die Berufung des Betreffenden durch den Magistrat (*Pollicetur praetor b. p. L. 6. pr. D. de B. P. L. 1. pr. D. de coniung. cum em. 37. 8 al.* „*promittit b. p.*"

dann das erbetene Successionsrecht ertheilt (*dare bonorum possessionem, Gai. III. §. 32. 33. 35. L. 3. §. 5. L. 15. D. de B. P. al.; admittere aliquem ad b. p. L. 7. pr. L. 12. pr. D. eod.*)[19], oder verweigert (*denegare b. p. L. 10. D. de Carbon. ed. 37. 10., negare L. 3. §. 4. D. eod.* vgl. oben Anm. 5.). Häufig wird die *bonorum possessio* auf das einfache Ansuchen des Betheiligten (*agnoscere b. p. L. 3. §. 4. L. 6. pr. D. de B. P. L. 1. §. 2. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 5. pr. D. quis ordo. 38. 15. al.; successionem L. 14. D. de B. P.; hereditatem L. 1. D. de b. p. furios. 37. 3., admittere b. p. L. 3. §. 4. 9. L. 5. L. 7. §. 1. D. de B. P. L. 2. D. de B. P. furios. 37. 3. L. 1. §. 8. D. de coll. bon. 37. 6. al.*)[20]) ohne Weiteres gewährt; für manche Fälle jedoch ist ausser-

---

L. 4. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. D. unde cogn. 38. 8. „uocat ad b. p.“ L. 1. §. 1. D. de b. p. c. t. L. 5. D. unde cogn. L. 4. §. 1. D. quis ordo. 38. 15. al. „inuitat ad b. p.“ L. 3. §. 10. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. pr. D. unde cogn. al.); darauf, dass sie ihm zusteht *„competit ei b. p.“ L. 8. §. 5. L. 12. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. §. 1. D. de b. p. s. t. 37. 11. „pertinet ad eum“ L. 1. pr. D. de coniung. cum em. 37. 8. L. 2. pr. D. de b. p. s. t. „habet aliquis b. p.“ L. 10. §. 4. L. 17. D. de b. p. c. t. L. 7. §. 8. D. de Carbon. ed. 37. 10.* — Für *petere b. p.* findet sich auch *„postulare b. p.“* namentlich von der Agnition durch einen Stellvertreter, s. *L. 16. D. de B. P.;* aber ebenso von dem eignen Antrage des Interessenten wie *Paul. R. S. Lib. III. Tit. 2. §. 2. Tit. 5. §. 1.*

[19]) Dem *„dare b. p.“* Seitens des Magistrates entspricht das *„accipere b. p.“* auf Seiten des Berechtigten. *L. 3. §. 12. 13. L. 6. §. 2. 3. D. de b. p. c. t.* Analoge Ausdrücke sind *„acquirere b. p.“ L. 3. §. 3. D. de B. P. L. 5. §. 1. D. quis ordo 38. 15. al. „impetrare b. p.“* ferner *„uenire ad b. p.“ L. 3. §. 1. 5. L. 6. pr. §. 1. 4. D. de b. p. c. t. al. „beneficium b. p. exercere“ L. 8. D. de coll. bon. 37. 6.* Auch *„competit b. p.“* findet sich mitunter nicht von der erst deferierten, sondern der schon erworbenen *bonorum possessio*, vgl. *L. 3. §. 7. D. de B. P.* Von der Denegation durch den Prätor ist übrigens der Fall, wo *„edicto Praetoris bonorum possessio denegatur“* (*L. 13. D. de B. P.*) wohl zu unterscheiden. Hier wird das prätorische Erbrecht dem Erbprätendenten erst gar nicht angeboten.

[20]) Dass derartige Redewendungen bloss von der *b. p. edictalis* gebraucht werden, darüber vgl. Fabricius, a. a. O. p. 157. 162. Leist, *Bonor. poss.* Bd. II. Abth. 1. p. 311. Anm. 6.

dem noch ein besonderes Decret erforderlich [21]), durch welches der Magistrat nach vorgängiger Prüfung der Sache (*causae cognitio*, vgl. z. B. *L. 1. pr. L. 3.* §. *4. 5. L. 10.* mit *L. 5.* §. *3. L. 6. pr. D. de Carbon. ed. 37. 10.*) sein Erbrecht verleiht [22]). Daher *decretalis bonorum possessio* (*L. 1.* §. *7. D. de success. ed. 38. 9.*). Zu ihr bildet jene unter dem Namen *b. p. edictalis* (*L. 30.* §. *1. D. de A. u. O. H. 29. 2. L. 1.* §. *4. D. si tab. test. null. 38. 6.*), weil sie einfach nach den Vorschriften des Edictes gegeben wird, den Gegensatz, welcher demnach lediglich formeller Natur ist [23]). — Eine

---

[21]) *L. 2.* §. *1. D. quis ordo. ... bonorum possessio ... quae decretum exposcit.*

[22]) Vgl. über die Begriffe *decretalis b. p.* und *b. p. edictalis* v. Löhr in Grolman's Magazin, Bd. II. p. 437—450. Bd. IV. p. 420 ff. Glück, Intestaterbf. §. 89. Rosshirt, Einl. i. d. Erbr. p. 72—77. Hugo, Röm. R.-G. p. 604. Fabricius, a. a. O. p. 156 ff. Huschke, i. d. krit. Jahrb. Bd. V. p. 27. ff. Heimbach, a. a. O. p. 313. 314. Puchta, Instit. Bd. III. p. 270 f. Leist, *Bon. poss.* Bd. II. Abth. 1. p. 309 ff. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 400.

[23]) Consequenter Weise muss man darum auch jede durch Decret vergebene *b. p.* unter dem Namen *decretalis* begreifen. Es ist willkürlich, davon z. B. diejenige auszuschliessen, welche nach *L. 18.* §. *4. C. de iur. delib. VI. 30.* (*cf. L. 7. C. qui admitt. VI. 9.*) dem eines Tutor entbehrenden *pupillus septem annis maior decreto* verliehen werden kann, vgl. u. A. v. Löhr, a. a. O. Bd. II. p. 449. Höchstens die erbrechtlichen *missiones in bona* würde man mit Fug als nicht zur eigentlichen *b. p.* gehörig von der *decretalis b. p.* trennen dürfen. Doch ist dabei nicht zu übersehen, dass gerade die drei Fälle, um die es sich hier vorzugsweise handelt (s. v. Löhr, a. a. O. p. 450), die *missio ex Carboniano edicto*, *uentris* und *furiosi*, in den Quellen auch als *b. p.* bezeichnet werden (*L. 1. pr.* §. *10. L. 3.* §. *2. 3. 4. D. de Carbon. ed. L. 1.* §. *1. 15. L. 7.* §. *2. D. de uentre 37. 9. L. 1. D. de b. p. furios. 37. 3. L. 1.* §. *5. D. de success. ed. 38. 9. L. 2.* §. *11. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*); dass ihre Eigenschaft als blosse *missio* bestritten ist (vgl. §. 64.) und die *b. p. edictalis* in *L. 1.* §. *4. D. si tab. test. null. 38. 6.* gerade der *b. p. Carboniana* gegenüber gestellt wird; dass endlich der Enantiophanes (Heimbach, *Basil. Tom. IV. p. 518*) einzig jene *missiones* als Fälle der *decretalis b. p.* aufführt. — Dagegen darf man es bei dem geringen Material, welches die Quellen uns über die vorliegende Frage bieten, nicht schon verwerfen, wenn Manche den Unterschied zwischen den gedachten beiden Arten der *b. p.* in materiellen Verschiedenheiten suchen und unter der *edictalis* diejenige *bonorum possessio* verstehen,

blosse *causae cognitio* ohne Decret dagegen kann auch bei

welche der Prätor, sofern nur die von ihm gestellten Bedingungen erfüllt sind, ein für allemal im Edicte fest verheissen hat, wogegen er die Ertheilung der *decretalis b. p.* je nach den besonderen Umständen seinem Ermessen vorbehalte. — Hiernach fallen aus dem Umkreise der letzteren also diejenigen *bonorum possessiones* heraus, welche nur deshalb eines Decretes bedürfen, weil sich zufällig im Edictssysteme eine Lücke findet, und das dort Fehlende nun durch den jeweiligen Magistrat ergänzt werden muss. (Daher ist die Definition der *b. p. edictalis* in der Glosse *ad L. 30. §. 1. D. de A. u. O. H. 29. 2.* „*datur ex edicto Praetoris mortui*", dem dann das *decretum* des lebenden gegenüberstehen würde, nicht unrichtig, nur zu eng). Natürlich aber, je öfter analoge Decrete in einer bestimmten Richtung ergiengen, um so eher musste sich wieder eine feste Rechtsregel aus ihnen entwickeln, und die *decretalis b. p.* sich nach und nach in eine *edictalis* verwandeln. Es darf uns daher nicht befremden, wenn in solchen Fällen manche Juristen die Nothwendigkeit eines Decretes hervorheben, andere stillschweigend darüber hinweg gehen. — Eben darum kann ich es nicht gut heissen, überall da eine *decretalis b. p.* anzuerkennen, wo wir auf Verhältnisse treffen, die denen analog sind, für welche zeitweise die Nothwendigkeit eines Decretes bezeugt ist (z. B. *L. 21. pr. D. de b. p. c. t. L. 1. §. 2. D. si quis a par. 37. 12.*); hier mochte eine freiere Interpretation das Decret gleich Anfangs entbehrlich gemacht haben. So müssen wir uns denn auf die in den Quellen positiv gegebenen Daten beschränken. Hierher gehören: 1. Die Descendenten des Erblassers, die weder seine *sui* noch *emancipati* sind, den Edictsworten nach also kein Anrecht auf sein Vermögen haben, Billigkeits halber jedoch zur *b. p.* zugelassen werden (§. 11.), vgl. *L. 4. D. de coniung. 37. 8.* mit *L. 5. §. 1. L. 6. D. si tab. test. null. 38. 6.* (s. unten §. 10. Anm. 51.); *L. 14. §. 1.* mit *L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4.* (s. unten §. 10. Anm. 53.); *L. 14. §. 1. D. cit.* mit *L. 3. §. 9. L. 17. D. eod.* v. Löhr, a. a. O. Bd. II. p. 440—444. Leist, a. a. O. Bd. II. Abth. 1. p. 309 f. Bd. IV. p. 421. Anm. 1. v. Vangerow, a. a. O. p. 24. Mit v. Löhr eine Interpolation in *L. 5. §. 1. D. cit.* anzunehmen, erscheint doch nicht gerechtfertigt. 2. Die Fälle, wo die Agnition der *b. p.* unmöglich wird, weil der *status* des Verstorbenen noch zweifelhaft ist (*L. 1. §. 1. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*) oder ein im Testamente übergangener *postumus* erst geboren werden soll (*L. 84. D. de A. u. O. H. 29. 2.*, vgl. *L. 4. §. 3. D. de b. p. c. t.*), wo dann der Prätor den Descendenten des Erblassers (nicht aber eingesetzten *extranei L. 1. §. 6. 8. 9. D. si mulier uentr. nom. 25. 6. L. 3. §. 32. D. ad Sc. Silan. 29. 5.*) durch ein Decret zu Hülfe kommt. Mochten hier nun gleich stärkere Gründe als bei der vorigen Klasse dafür sprechen, an dem Erfordernisse eines Decretes festzuhalten, so fehlt es uns doch

der *b. p. edictalis* vorkommen (*L. 3. §. 8. D. de B. P. 37. 1.*

---

nicht an einem positiven Zeugnisse (*L. 4. §. 3. D. cit.*), wie man auch hier schliesslich die Umgestaltung in eine *b. p. edictalis* geschehen liess (vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 443—447. Francke, Notherbenr. p. 92. v. Vangerow, a. a. O.). Wir dürfen daraus folgern, dass selbst früher das Decret nur deshalb nothwendig war, weil sich dabei die Unzulänglichkeit der edictsmässigen Bestimmungen herausstellte, nicht aber, weil der Prätor die Parteien immer auf seine persönliche Entscheidung hätte verweisen wollen. 3. Unter Umständen können noch die Erben der ursprünglich Berechtigten vermöge einer *restitutio in integrum* die *b. p.* empfangen. So die Erben des mit Uebergehung eines *postumus* eingesetzten *emancipatus* (*L. 5. D. de b. p. c. t.*) des *reipublicae causa absens* (*L. 86. pr. D. de A. u. O. H.*); ferner die des Testaments- oder Intestaterben, der kein Descendent des Erblassers ist und durch einen *impubes*, welcher sich fälschlich für einen Sohn des Verstorbenen ausgiebt, an Antretung der Erbschaft oder Agnition der *b. p.* gehindert wurde (*L. 12. D. de Carb. ed.*, vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 447—449). Bei dieser Gelegenheit äussern sich die Quellen gleichfalls in einer Weise, die die Absicht, eine allgemein bindende Regel aufzustellen, deutlich erkennen lässt, den Gedanken an die Nothwendigkeit individueller Prüfung der concreten Umstände also ausschliesst. Zweierlei nämlich hat man hierbei wohl zu unterscheiden; einmal das Restitutionsdecret, und für diess blieb natürlich die Nothwendigkeit der *causae cognitio* und speciellen Erlasses immer bestehen; aber diess allein half den Erben noch nichts; sie waren nicht bloss durch die Versäumniss des Erblassers, sondern vor allen Dingen dadurch von der *b. p.* ausgeschlossen, dass ihnen diese gar nicht deferiert war. Deshalb musste ihnen dieselbe, oder, genauer gesprochen, das *commodum bonorum possessionis* (vgl. Huschke, a. a. O. p. 32) erst *decreto Praetoris* zugewiesen werden. In letzterer Hinsicht nun wurde mit der Zeit die ausdrückliche magistratualische Bestimmung überflüssig, so dass z. B. Papinian in *L. 86. pr. cit.* nur noch der Restitution gedenkt. Wurde der Erbe des *heres* derart restituiert (von einem solchen Falle handelt *L. 3. §. 30. D. de Sc. Silan*), so war selbstverständlich dabei vollends von keiner *b. p.* die Rede, s. auch Mayer, Erbr. §. 113. Anm. 18. Leist, a. a. O. Bd. II. Abth. 2. p. 346 unten §. 51. Mangelhaft ist die Zusammenstellung der hierher gehörigen Fälle bei Löhr, a. a. O. Bd. IV. p. 421. Anm. 2.

[24]) *L. 3. §. 8. D. cit. Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia* **neque** *decretum de plano interponi,* **neque** *causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest. L. 2. §. 1 D. cit. . . . Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, uel*

L. 2. §. 1. D. quis ordo 38. 15.) [24]), wie z. B. wegen

---

quae decretum exposcit? . . ., vgl. Huschke, a. a. O. p. 27. 28. Mayer, Erbr. Bd. I. p. 407. Leist, *Bon. poss.* Bd. II. Abth. 1. p. 310 f. v. Vangerow, a. a. O. p. 23. 24. — Es ist hier vor zwei extremen Meinungen zu warnen, welche beide in unserer Litteratur Vertretung gefunden haben. Einmal vor dem Irrthume, als ob jede *b. p.*, bei welcher eine *causae cognitio* Statt findet, dadurch zur *decretalis* werde. Diese Ansicht sucht Fabricius, a. a. O. p. 164 ff. durchzuführen. Sie widerlegt sich theils durch die mitgetheilten Quellenzeugnisse, in denen die *b. p. decretalis* der *edictalis* mit vorheriger *causae cognitio* gegenüber gestellt wird (*neque — neque;* auch das *uel* in *L. 2. §. 1. D. cit.* ist keineswegs bloss erläuternd, s. Mayer, a. a. O.), theils durch die Betrachtung, wie eine Verhandlung über die Nebenpunkte, z. B. die nöthige Cautionsbestellung, unmöglich die *b. p.* in ihrem Wesen berühren und diese zu einer *ex decreto* statt *ex edicto data* machen kann (vgl. Huschke, a. a. O. p. 27). — Zweitens hat man umgekehrt die *causae cognitio* als einen auch bei der *b. p. edictalis* regelmässig wiederkehrenden Vorgang dargestellt. So namentlich Leist, *Bon. poss.* Bd. I. p. 175 ff. 205. 386. Bd. II. Abth. 1. p. 309 ff. Er unterscheidet bedingende und vernichtende Beweise bei der *b. p.* Die ersteren seien von dem, welcher die *b. p.* nachgesucht, dem Prätor gleich anfänglich darzubringen gewesen, und von diesem, wo er die Sachlage nicht schon genau gekannt, in besonderer *causae cognitio* geprüft worden. Die letzteren hätten, wenn von der Gegenpartei ein derartiger Mangel behauptet worden, vor dem *iudex* ihre Erörterung gefunden. Das Vorhandensein solcher Fehler habe dann die *b. p.* zur *non data* gemacht. Waren die bedingenden Beweise nicht geliefert, so habe der Magistrat natürlich die *b. p.* gar nicht erst ertheilt. Nur ausnahmsweise, wo die Verhältnisse eine zu eingehende Untersuchung erforderten, oder eine genauere Darlegung der betreffenden Momente im Augenblicke subjectiv unmöglich machten, sei die *b. p. pure* gegeben und die Verhandlung auch der bedingenden Beweise einem später etwa anzuordnenden *iudicium* überlassen worden (Bd. I. p. 391. Bd. II. Abth. 1. p. 311. Anm. 5.). Diese Darstellung erscheint jedoch nicht stichhaltig. Einmal entbehrt der Unterschied zwischen bedingenden und vernichtenden Beweisen jeder quellenmässigen Begründung (vgl. auch von Savigny, Verm. Schr. Bd. II. p. 301); denn dass der Ausdruck *b. p. peti non potest* nicht jede, sondern bloss die gültige Agnition der *b. p.* ausschliesst, muss Leist, a. a. O. Bd. I. p. 177. selbst einräumen. Deshalb kann man namentlich *Gai. II. §. 147.* oder *Vlp. XXIII. §. 6.* zur Rechtfertigung der beregten Distinction nicht benutzen. Dann haben wir ein positives Gegenargument wider Leist's Doctrin in den Aeusserungen der Römischen Juristen, welche die *datio b. p. de plano* als die regelmässige erkennen lassen, vgl. z. B. *L. 2. §. 1. D. quis ordo 38. 15.*

Bestellung einer Caution für Eventualberechtigte [25]). — Ein anderer Gegensatz, mit welchem die Neueren sich viel beschäftigen, ist der zwischen *b. p. ordinaria* und *extraordinaria* [26]). In den Quellen wird einzig der ersteren gedacht (*L. 5. §. 3. D. de leg. praest. 37. 5. L. 3. §. 14—16. D. de Carbon. ed. 37. 10. §. 6. I. de B. P. III. 9.*) und diese theils der *Carboniana*, theils der *b. p. quibus ex legibus* gegenüber gestellt. Der *extraordinaria* geschieht nirgends Erwähnung; eine Bezeichnung, welche die späteren Juristen vorzugsweise wohl dem Ausdrucke *extraordinarium auxilium* im §. *7. I. de B. P.* nachgebildet haben (*cf.* Haenel, *Dissens. Dom. cod. Chis.* §. *54. Hugolin. Distinct. 67. p. 573.*). Heben wir nun das jenen Aeusserungen über die *b. p. ordinaria* Gemeinsame heraus und halten damit zusammen, was eben in Rücksicht auf unsere Frage in §. 7. cit. zur Characteristik der *b. p. quibus ex legibus* beigebracht wird [27]), so ergiebt sich der Begriff der ersteren dahin, dass wir darunter diejenige *b. p.* zu verstehen haben, deren Gewährung durch das Edict an eine bestimmte Stelle gebunden ist, oder — wie wir auch sagen können — deren einzelne Klassen in fester, unveränderlicher Ordnung auf einander folgen. Die *b. p.*

25) So hat der unter einer Bedingung Eingesetzte, wenn er, während sie noch schwebt, die *b. p.* nachsucht (s. oben §. 4. Anm. 2.), den Substituten sicher zu stellen, *L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. pr. D. de stip. praet. 46. 5. Paul. R. S. Lib. V. Tit. 9.* §. *1.*, vgl. Huschke, a. a. O. p. 27. Desgleichen musste der *procurator* oder *negotiorum gestor*, der für einen Anderen *b. p.* agnoscierte, *de rato* cavieren. *arg. L. 24. pr. D. rat. rem hab. 46. 8.*

26) Vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 231—237. Heimbach, a. a. O. p. 315. Puchta, Inst. Bd. III. p. 271. Leist, *Bon. poss.* Bd. II. Abth. 2. p. 10 ff.

27) *Nouissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege uel senatusconsulto uel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato ueniunt, neque iis, quae ex testamento sunt, praetor stabili iure connumerauit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accommodauit, scilicet his, qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibus principum ex nouo iure uel ex testamento uel ab intestato ueniunt,* vgl. *Theoph. Paraphr. ad h. l.* Schrader, *Comm. ad h.* §.

extraordinaria würde demnach die sein, welche, ohne einen eigenen Platz zu behaupten, bald mit dieser, bald mit jener Klasse concurriert[28]).

---

[28]) Daher auch *uaga* genannt, s. *Lauterbach*, *Colleg. Pand. Lib. 37. Tit. 1. Nro. 8.* Die Veranlassung zu diesem Namen hat offenbar eine Aeusserung der Glosse gegeben (*Gl. ad* §. *7. I. de B. P. u. extraordinarium*), wo die *b. p. quib. ex leg.* nebst der *b. p. Carboniana*, der *missio uentris nomine*, der *b. p. lit. ord. grat.* jene „*quia uaga*“, diese „*quia ius non tribuunt*“ zur *b. p. extraordinaria* gerechnet wird. Im Einzelnen gehören folgende Fälle hierher: 1) Die *Carboniana b. p.*, wo eine Concurrenz mit der *b. p. contra tabulas, secundum tabulas* und *intestati* möglich ist, s. *L. 3. pr.* §. *16. L. 6.* §. *2. L. 7.* §. *8. D. de Carb. ed. 37. 10.* — 2) Die *b. p.* des Patrons, welche bald eine Intestatsuccession, bald *contra tabulas* gerichtet ist (*Vlp. XXIX.* §. *1. L. 20. D. de iur. patr. 37. 14. Pr.* §. *1. I. de success. libert. III. 7. Gai. Inst. III.* §. *40. 41.*) und im letzteren Falle, mit der *b. p. secundum tabulas* des Instituierten zusammen treffen kann. (*L. 6. pr. D. de B. P. 37. 1.* vgl. oben §. 5. Anm. 34.) — 3) Die Erweiterungen des patronatischen Erbrechtes durch die *lex Iulia* und *Papia Poppaea. Gai. III.* §. *42—44. Vlp. XXIX.* §. *3.* — *Gai. III.* §. *50. 52. Vlp. XXIX.* §. *6. 7.* — *Gai. III.* §. *46. 47. Vlp. XXIX.* §. *5.* — *Gai. III.* §. *53.* vgl. hierzu bes. *Huschke*, Studien p. 27—58. — Dass alle diese durch das gedachte Gesetz eingeführten Erbansprüche *bonorum possessiones* sind, geht namentlich aus der Darstellung bei Gaius deutlich hervor. s. noch Glück, Intestaterbf. p. 393. *Huschke, a. a. O. p. 52. Schrader, Comm. in Inst. p. 460. u. testamento facto.* Leist, a. a. O. Bd. II. Abthl. 2. p. 12. — 4) Die *b. p.* des *parens manumissor L. 1. pr.* §. *2. L. 3. pr. D. si a parente 37. 12.* — Nur in ihrer Eigenschaft als Collectivbezeichnungen können ferner dahin gezogen werden 5) die *b. p. quibus ex legibus*, d. h. die *b. p.* derjenigen, denen eine gesetzliche Vorschrift ausdrücklich eine *b. p.*, also nicht ein legitimes Erbrecht einräumte. (*L. 1.* §. *2. D. ut ex legib. 38. 14. . . . si lex specialiter deferat bonorum possessionem.*) Hier musste natürlich der nach der legalen Anordnung berechtigte *bonorum possessor* neben jedem edictsmässigen Erbprätendenten zugelassen werden. (*L. 1. pr.* §. *1. D. eod.*) Damit ist nun aber noch keineswegs gesagt, dass auch der einzelne *bonorum possessor ex lege* immer neben verschiedenen Ordnungen oder Klassen der edictalen Erbberechtigten habe zur Hebung kommen können. 6) Die *b. p. litis ordinandae gratia*, d. i. die zum Zwecke der Erhebung eines Rechtsstreites gegen einen angeblich unberechtigten Erbprätendenten erbetene; ihre Nachsuchung gründet sich, wenn letzterer *bonorum possessor* ist, stets (*cf. L. 42.* §. *2. D. de bon. lib. 38. 2. . . . „cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur, accipere non potest“*) auf die Behauptung, dass die ihm ertheilte *b. p. pro non data* an-

Grosser Streit herrscht über die ursprüngliche Bedeutung der *bonorum possessio*. Dass sie anfangs den Character einer blossen Besitzeinweisung an sich getragen, wird zwar von den Meisten[29]) zugestanden, allein was der Prätor mit dieser

---

zusehen, der Bittsteller vielmehr der wahre prätorische Erbe sei. Der Name *b. p. litis ordinandae gratia* findet sich freilich nur von dem Falle, wo Jemand zum Behufe der Anstellung der *querela inofficiosi testamenti* die *b. p.* agnosciert (*L. 8. pr. D. de inoff. test. 5. 2. cf. L. 6. §. 2. L. 7. D. eod. L. 2. C. eod. III. 28.*), wo es sich also um einen Streit mit dem Civilerben handelt, der vielleicht gar keine *b. p.* erworben hat, passt aber auch auf die übrigen (vgl. Puchta, Inst. Bd. III. p. 269), nur scheint er bei den Römern überhaupt nicht technischer Ausdruck gewesen, sondern erst im Munde der Neueren (freilich nach dem Vorgange der Byzantiner, s. *Basil. Lib. 39. Tit. 1. c. 6. 7. 8. Schol. m. — p.* *Heimbach*, *Tom. IV. p. 8. 9.*) geworden zu sein. Er begreift gleichfalls die verschiedenartigsten *bonorum possessiones* unter sich; ja es tritt hier sogar meist eine Concurrenz zwischen der früher und später empfangenen ein, allein diese ist doch bloss scheinbar, da wenigstens eine von beiden nichtig sein muss. Vgl. noch Glück, Intestaterbf. §. 96. Francke, Notherben.-R. p. 315 f. Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 155 f. Fabricius, a. a. O. p. 146. Heimbach, a. a. O. p. 335. 336. Leist, a. a. O. Bd. II. Abthl. 2. p. 39. v. Vangerow, Pand. Bd. II. p. 310 f. unten §. 87. — Gar nicht hierher gehört die *b. p. decretalis*, indem der Zusatz *decretalis* nicht appellative, sondern attributive Function hat, wie *b. p. cum re, sine re* u. s. w., was zum Theil schon von der *b. p. lit. ord. gr.* gilt. Ferner die *b. p.*, welche die Mutter auf Grund des *Sc. Tertullianum* erhält (vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 233. f.), indem diess stets die gewöhnliche *b. p. unde legitimi* ist, und bloss ihr gesetzliches Erbrecht manchen *bonorum possessores* fernerer Berechtigung nachstehen muss; endlich die *b. p. unde decem personae* (*§. 3. 4. I. de B. P. III. 9. Collat. Tit. XVI. c. 9. §. 2.* Erb. in Hugo's civ. Magaz. Bd. V. Nro. 6. p. 129 ff.), welche zehn Personen, trotzdem sie lediglich als Cognaten berechtigt sind, doch gewissen *legitimi* (den *extranei manumissores*) vorgezogen werden, also auch ihre ganz feste Stellung im Edicte haben.

[29]) Eine Ausnahme macht in gewissem Sinne Niebuhr, Röm. Gesch. 2. Ausg. Bd. II. p. 173. ff. Ihm ist die *b. p.* anfänglich eine staatsrechtliche Uebertragung des Rechtes am *ager publicus* von dem bisherigen Besitzer auf seine Erben. Diese Lehre widerlegt sich schon durch den Namen *bonorum possessio*, indem *bona* stets das Vermögen als Ganzes bedeutet (*L. 3. pr. D. de B. P. 37. 1.*), und dem entsprechend für *bonorum* auch *hereditatis possessio* bei Juristen (*L. 3. §. 1. D. de B. P. 37. 1.*) wie Nichtjuristen (*Cic. in Verr. I. c. 45. §. 117. c. 46. §. 118. c. 47. §. 124. pro Flacc. c. 34. §. 85. ep. ad Att. VI. 1. §. 12. al.*)

Einweisung eigentlich bezweckt habe, darüber gehen die Ansichten der Rechtshistoriker weit aus einander. Zwei Hauptmeinungen sind hier hervorzuheben, auf die, allerdings mit vielfachen Modificationen, unsere Schriftsteller sich vertheilen. Nach der einen nämlich hätte es der Prätor von vorn herein auf eine Ergänzung[30]) und Abänderung des civilen Erbrechtes abgesehen, dabei aber natürlich bloss von

---

sich findet (vgl. *Cuiacius Obseru. Lib. IV. c. 16.*), wogegen die Nachfolge in das Recht am *ager publicus* lediglich eine Singularsuccession sein musste, und eben deshalb auch nicht *bonorum possessio* heissen konnte. Man hätte demnach etwa in vorhistorischer Zeit eine Umwandlung der Singular- in eine Universal-Succession mit Annahme des Namens *bonor. poss.* vorauszusetzen, wofür es wie überhaupt für die ganze Niebuhr'sche Hypothese an jeglichem Quellenzeugnisse fehlt. Vgl. auch Leist, a. a. O. Bd. I. p. XXVII. v. Vangerow, a. a. O. p. 18. *Hingst, l. l. p. 8—11. Janssonius, l. l. p. 26. 27.* und bes. Fabricius, a. a. O. p. 8—16, der nur darin zu weit geht, dass er die ursprünglich ohne Zweifel ausschliesslich publicistische Natur des Rechtes am Gemeindeacker gänzlich übersieht, und so für alle Zeiten das Bedürfniss besonderer Regelung der Erbfolge in dasselbe läugnet. S. noch Danz, R.-G. II. p. 45.

[30]) Hierfür kann man sogar ein ausdrückliches Zeugniss der Justinianischen Institutionen anführen: *Pr. I. de B P. III. 9.* „*Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi ueteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus uetus ius praetor eo modo emendauit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.* Neben der *b. p. emendandi siue supplendi iuris ciuilis gratia*, was beides ziemlich dasselbe ist (*Schrader, Comm. ad §. 1. I. cit. p. 469. Gai. Inst. III. §. 25. 41. L. 7. §. 1. D. de I. et I. 1. 1.*) spricht man ferner von einer *b. p. confirmandi siue adiuuandi i. c. gr.*, sofern das prätorische Recht auch dem Civilerben zu Gut kam und ihm gewisse Vortheile verschaffte; endlich von einer *b. p. corrigendi s. impugnandi i. c. gr.*, deren ausgesprochener Zweck die Abänderung der civilrechtlichen Vorschriften war. *cf. §. 1. I. eod. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi ueteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem uocat. Theophilus, Paraphr. ad h. l.* und die Turiner Institutionen-Glosse (bei v. Savigny, Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. II. p. 459. Nro. 315.) fassen die hier besprochenen Begriffe eben nicht anders auf (vgl. *Schrader, l. l.*), wenn gleich ihre Beispiele nicht ganz passend gewählt sind.

der factischen Seite her eingreifen können, indem er den von ihm begünstigten Personen den Besitz der Erbschaftssachen verschaffte, die erbschaftlichen Klagen in der Form von *utiles actiones* activ wie passiv auf sie übertrug[31]). Nach

[31]) Ehemals war es eine von allen Juristen stillschweigend gemachte Annahme, dass der Prätor bei Einführung der *b. p.* keine anderen Zwecke als eine eigenthümliche Regulierung des Erbfolgesystemes im Auge gehabt habe. Man sah diese Voraussetzung so sehr als selbstverständlich an, dass man eine weitere Begründung derselben gar nicht erst versuchte. Höchstens stellte man, um die Zwiespaltigkeit des Römischen Erbrechtes zu erklären, die Behauptung auf, die *bonorum possessio* sei die Erbfolge nach *ius gentium* und damit die Form gewesen, in welcher Fremde gemäss dem Edicte des *praetor peregrinus* an dem erbrechtlichen Verkehre zu Rom Theil genommen; aus dem peregrinischen sei sie dann in das *edictum urbanum* übergegangen. (Vgl. noch Hugo, Röm. R.-G. 11. Ausg. p. 238.) Gegen diese Hypothese spricht jedoch, selbst abgesehen von der Frage, ob es auf dem Gebiete des Erbrechtes bei dessen durchaus positivem Character überhaupt ein *ius gentium* geben könne, auf das Entschiedenste das enge Anschliessen der *b. p.* an das System der *hereditas*, das Hervortreten der Suität und Agnation darin, vor Allem endlich der Umstand, dass einzig der Römische Bürger vermittelst der *b. p.* erben und beerbt werden kann. S. oben Anm. 15. v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 250. Fabricius, a. a. O. p. 7. 8. Heimbach, a. a. O. p. 308. Leist, a. a. O. Bd. I. p. XXVII. v. Vangerow, a. a. O. p. 17. 18. *Hingst, l. l. p. 12. 13. Ianssonius, l. l. p. 24. 25.* Sonach hat die *b. p.* lediglich die Aufgabe gehabt, das civile Erbsystem in einzelnen Punkten zu ergänzen und zu modificieren, nicht aber, auf ganz neuer Grundlage, ein selbständiges Erbrecht aufzubauen. Damit stimmt denn vollkommen überein die Ansicht von Savigny (Verm. Schr. Bd. II. p. 230 ff.) und Huschke (krit. Jahrb. Bd. V. p. 11 ff.), welche indessen darin wieder von einander abweichen, dass jener die Begünstigung einzelner vom Civilrechte zurückgesetzter Personen, dieser die Ausschliessung ganz unberechtigter *pro herede usucapientes* (und darin stimmt *Hingst* mit ihm überein, s. bes. p. 84. 115. a. a. O.) als das Motiv auffasst, welches den Prätor bei Aufstellung seiner Grundsätze leitete, dass dem gemäss bei jenem die erbrechtlichen Vorschriften des Edictes mehr aus dem practischen Bedürfnisse heraus allmälig erwachsen, bei diesem mehr als gleichzeitige Schöpfung theoretisierender Betrachtung erscheinen. Der gesammte Character des Römischen Rechtes, wie insbesondere der des prätorischen Edictes und der *b. p.*, welche namentlich sich durchweg als ein *beneficium*, nirgend als *odio usucapientis data* darstellt, dürfte nun aber unseres Erachtens mehr für die erste als die zweite Anschauung sprechen. Vgl. jetzt auch *Ianssonius, l. l.* bes. *p. 71. 79.*

der anderen dagegen sei es ihm zunächst auf die Erreichung fremder Zwecke angekommen, wie auf die Regulierung des Besitzstandes zwischen den Parteien in der *hereditatis petitio*[32]),

---

[32]) Angedeutet bereits von Dernburg, Beitr. z. Gesch. d. Röm. Test. Bonn 1821. p. 191 f. 214 ff. und Francke, das Recht der Notherben. Göttingen 1831. p. 96 ff. bes. p. 104; ausgeführt von Fabricius in der Anm. 1. gedachten Schrift, dessen Resultate dann von Vangerow, a. a. O., und Danz, R.-G. Thl. II. p. 47 f. gebilligt, von Huschke (krit. Jahrb. a. a. O.), v. Löhr, a. a. O. Bd. IV. p. 410 ff. Bachofen. Die *lex Voconia 1843. p. 71 ff.* Leist, a. a. O. Bd. I. p. 126 ff. und Puchta, Inst. Bd. III. p. 273., sowie neuerdings von Ianssonius (a. a. O. p. 43—51.) bekämpft worden sind. In der That leidet die Darstellung von Fabricius schon an dem Mangel, dass darnach die *b. p.* nicht sowohl aus, als neben dem Institute sich entwickelt hätte, aus dem sie angeblich hervorgegangen sein soll. Als solches nämlich wird uns die Ertheilung der Vindicien durch den Prätor an eine der beiden Parteien im Sacramentsprocesse um die Erbschaft genannt (p. 17—18.). Ferner aber seien im Falle der Erblosigkeit *iure ciuili* nicht berechtigte Personen, namentlich die Cognaten und der überlebende Ehegatte, um die *bonorum uenditio* zu vermeiden, sofern sie sich zur Tilgung der Erbschaftsschulden erboten, in den Besitz der Erbschaft gewiesen und durch Ertheilung von *utiles actiones* dem *bonorum emtor* analog behandelt worden (p. 48—51). Diese neue, der *iurisdictio uoluntaria* angehörige Gestalt der *b. p.* habe dann auf jene ältere, besonders seit die *hereditatis petitio* mittelst der *formula petitoria* zum Austrage gebracht werden konnte, vielfach zurückgewirkt, indem nun einerseits der Erbschaftsprocess nicht mehr nothwendig eine Besitzregulierung durch den Prätor voraussetzte, und andererseits auch den Civilerben, deren Recht unbestritten war, die Gewährung der *b. p. de plano* nicht versagt werden konnte, was ihnen den Vortheil des *interdictum quorum bonorum* und der *utiles actiones*. und damit eines leichteren Beweises ihrer Erbenqualität verschaffte (p. 55—59). — Es ist bereits von Huschke (a. a. O. p. 6.) dawider geltend gemacht, wie man unmöglich die offenbar aus einer Wurzel erwachsene *b. p.* also aus einem doppelten Keime entspringen lassen dürfe, wie eine derartige Umsetzung eines Rechtsinstitutes in ein anderes kaum noch verwandtes dem Geiste des Römischen Rechtes nicht entspreche. Ebenso geht der von dem gedachten Autor hervorgehobene Grund, weshalb der Besitz des Streitobjectes im Erbschaftsprocesse nach anderen Regeln als in der *rei uindicatio* habe geordnet werden müssen, indem dort jede der Parteien denselben einseitig occupiert habe, von der irrigen Voraussetzung aus, als ob ähnliche Verhältnisse nicht auch hinsichtlich der Einzelsachen wiederkehren könnten (vgl. Huschke, a. a. O. p. 6. 7.). — Schwerlich würde Fabricius das Missliche seiner historischen Construction über-

darauf, dass der Erbe möglichst schnell in den Besitz des Nachlasses gelange[33]), längere Verzögerung des Erbantrittes im Interesse der Erbschaftsgläubiger vermieden werde[34]) u. s. w.,

---

sehen haben, hätte er nicht positive Beweise dafür, dass die *b. p.* anfänglich mit der Vindicienertheilung im Legisactionenprocesse über die Erbschaft identisch gewesen sei, im *Plin. H. N. VII. 4. §. 40.* und *Cic. in Verr. I. c. 44—46.* zu finden geglaubt. Allein Plinius sagt gar nicht, dass die *b. p.* im Legisactionenprocesse, sondern dass sie trotz desselben gegeben sei, wovon dann die Folge die Verweigerung der *L. A.* für den Kläger sein musste (vgl. *Val. Max. VII. 7. §. 5. Huschke, a. a. O. p. 9.*) und durch die Stelle aus der Verrinischen Rede wird die Ansicht von Fabricius sogar geradezu widerlegt. „*Si habuisset iste edictum*", heisst es in §. 115. „*quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis et uindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret.*" Also vor der Einleitung der *L. A.* ist die *b. p.* gewährt, sie kann mithin auch zu Cicero's Zeit nicht die ihr von Fabricius beigelegte Function gehabt haben (vgl. *Huschke, a. a. O. p. 7. 8.*).

33) So namentlich v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 250—260. Bd. IV. p. 404 ff. Archiv für die civ. Prax. Bd. XII. p. 85 ff. und Bachofen, a. a. O. p. 66., welcher letztere, freilich ohne jeglichen positiven Beweis, die weitere Entwickelung dieser Anfänge der *b. p.* zu einem von dem *ius ciuile* verschiedenen Erbrechte der Centumviralpraxis zuschreibt. Das wider seine Ansicht von Leist geltend gemachte Gegenargument können wir allerdings nicht für zutreffend erachten (s. oben Anm. 2.). Entscheidend erscheint uns jedoch der Umstand, dass bei der Annahme v. Löhr's nicht zu erklären ist, weshalb später das *interdictum quorum bonorum* lediglich dem *bonorum possessor*, nicht auch dem Civilerben gegeben wurde.

34) Diess ist die Ansicht von Leist, a. a. O. Bd. I. Cap. 1. bes. p. 56 ff. Der Mangel aller Deliberationsfristen nach Civilrecht und der Satz „*in legitimis hereditatibus successio non est*", meint er, habe oft zur Erblosigkeit und *bonorum uenditio* führen und somit das Interesse der Erbschaftsgläubiger, denen die *cretio* nur zufällig zu Gut gekommen, wie der späteren Klassen der civilen Erben, deren Erschaftserwerb durch die *pro herede usucapio* natürlich stets sehr unsicher gewesen sei, benachtheiligen müssen. Diese Uebelstände hätten das Eingreifen des Prätors erheischt, der dann durch Anordnung von Agnitionsfristen für die *b. p.* und durch sein *successorium edictum* geholfen. Dadurch sei der wirkliche Civilerbe zu schleunigerem Erbantritte gedrängt, und falls er ausschlug oder dennoch säumig war, den nachfolgenden *ordines* des Civilrechtes gegen ganz unberechtigte Usucapienten Schutz gewährt, ihnen aber auch die Vertretung des Verstorbenen den Erbschaftsgläubigern gegenüber auferlegt worden.

und erst allmälig habe sich daraus eine an das civile Erbsystem sich anlehnende und dieses selbst modificierende prä-

---

Erst im ferneren Verlaufe habe der Prätor auf diese Weise ganz neue Erbklassen geschaffen. Zum Beweise für die behauptete Entfaltung der *b. p.* beruft sich Leist ausser anderen sachlichen Gründen, wie z. B. dem Anschlusse der Agnitionstermine an die Zeiten der *usucapio pro herede* und der *cretio uulgaris*, der analogen Berechnung des *utile tempus* in beiden Fällen, wovon gehörigen Ortes weiter die Rede sein soll (s. vorl. *Ianssonius, l. l. p. 74. 75.*), auf einige Quellenzeugnisse *Vlp. XXVIII. §. 12. L. 1. pr. D. de success. ed. 38. 9. §. 8. I. de P. B. III. 9.* An der ersten Stelle sei die ganze *bonorum possessio* mit dem Namen *successorium edictum* belegt; ein deutlicher Fingerzeig, wie anfänglich das Wesen der *b. p.* eben in der Aufstellung einer *successio* der verschiedenen Erbklassen bestanden habe. Allein *ex successorio edicto* werden nicht alle *bonorum possessores*, sondern meist bloss solche berufen, welche nicht zugleich Civilerben sind (vgl. unten §. 15.). Ebenso wenig darf man die Worte der *L. 1. pr. D. cit.* „*E re igitur Praetor putauit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur* . . .“ dahin deuten „indem der Prätor gewisse Fristen einführte, ertheilte er überhaupt erst eine *b. p.*“, denn die Perfecta „*putauit*“ und „*detulit*“ haben nicht aoristische, sondern eigentliche Perfectbedeutung, wie die nachfolgenden Präsentia „*possint*“ u. s. w. ergeben. Sie bezeichnen die betreffenden Thatsachen also nicht als gleichzeitige, sondern nur als zur Zeit des Redenden vollendete. Umgekehrt stellt §. *8. I. cit.* ausdrücklich die Anordnung einer *successio* als ein der *b. p.* nachfolgendes Ereigniss hin, so dass Leist einzig durch Annahme grammatischer Verstösse den aus diesem Paragraphen erhellenden Gegenbeweis zu beseitigen vermag. Vollständig durchschlagend ist endlich unseres Erachtens der Umstand, dass das Edict in dem *ordo unde legitimi* kein Nachrücken der späteren Grade kennt (s. auch Vangerow, a. a. O. p. 19. 20. und überhaupt *Ianssonius, l. l. p. 54—80.*). Der Leist'schen Auffassung der *b. p.* nahe verwandt ist die von Hugo (Röm. R.-G. 5. Aufl. §. 201. s. noch 11. Aufl. p. 551.), ja jene erscheint bloss als eine consequente Ausbildung der letzteren; denn nimmt man einmal an, die *b. p.* habe für den Fall der Erblosigkeit die der Ehre des Verstorbenen drohende *bonorum uenditio* abwenden sollen, so müsste sie nicht allein da Platz greifen, wo überhaupt keine Agnaten oder Gentilen vorhanden waren, sondern war ebenso sehr da von Nöthen, wo die Agnaten wegen des Princips „*in legitimis hereditatibus successio non est*“ nicht zur Erbschaft berufen waren. Deshalb liegt in dem Beweise gegen Leist zugleich der gegen Hugo; wider den letzteren spricht ausserdem noch, dass neben den rein prätorischen auch die Civilerben im Edicte ihren Platz fanden (vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 252.).

torische Erbfolge entwickelt. — Einen überzeugenden Beweis für oder wider eine dieser Auffassungen zu führen, dürfte bei dem Stande unserer Quellen ziemlich unmöglich sein; es wird sich dabei immer bloss um einen höheren oder geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit handeln[35]). Mit dieser Einschränkung aber tragen wir kein Bedenken, uns für die erste jener beiden Ansichten zu entscheiden.

Wir treffen im Römischen Rechte, so weit wir dasselbe hinauf zu verfolgen im Stande sind, und jedenfalls noch gleichzeitig mit den Anfängen der *bonorum possessio* eine Besitznahme der Erbschaft an, welche nach Jahresfrist zum civilen Erbschaftserwerbe führte (*usucapio pro herede Gai. II.* §. *54. Cic. ad Att. I. ep. 5. pro Flacc. c. 34. de legib. II. c. 19. 20. Sen. de benef. VI. 5.* §. *3.*, vgl. dazu v. Scheurl, Beitr. Bd. II. p. 50. 51.), auf der anderen Seite kann die *bonorum possessio* schon ihrem Namen nach (s. Anm. 29.) immer nur eine Besitzeinweisung in das Vermögen als Ganzes gewesen sein, musste also nothwendig in der gegebenen Zeit den Besitzer zum *heres* machen; nehmen wir endlich hinzu, dass sich uns nirgends eine Spur zeigt, wonach wir vermuthen dürften, sie sei jemals etwas Anderes als eine Universalsuccession gewesen, dass wir schliesslich in ihr ein vollständig ausgebildetes prätorisches Erbsystem vor uns sehen, so scheint es doch wohl natürlicher, ihr gleich bei ihrem Entstehen einen erbrechtlichen Character beizulegen, als sie aus irgend einem ihrer späteren Gestalt völlig fremdartigen Institute abzuleiten.

Auch über die chronologische Reihenfolge, in welcher die einzelnen Klassen und Ordnungen der *b. p.* Anerkennung durch den Prätor und Aufnahme in sein Edict fanden, entbehren wir jeder historischen Kunde. Die Vermuthungen, welche in dieser Hinsicht neuerdings ausgesprochen sind, haben einzig die eine oder andere der verschiedenen Hypothesen über die ursprüngliche Bedeutung der *b. p.* zur Grundlage[36]). — Genauer sind wir unterrichtet hinsichtlich der

---

[35]) S. auch Puchta, Instit. Bd. III. p. 272.

[36]) So ist nach den ziemlich übereinstimmenden Ausführungen von Löhr, Fabricius, Leist und Vangerow der Entwickelungsgang

allmäligen Verschmelzung des gesetzlichen mit dem prätorischen Erbrechte. Als der erste Schritt auf dieser Bahn ist die Thatsache zu betrachten, dass durch die *lex Iulia* und *Papia Poppaea* eine Anzahl neuer Erbberechtigungen begründet wurden, bezüglich deren der Prätor angewiesen

---

der *b. p.* folgender gewesen. Anfänglich gab es lediglich eine *b. p. confirmandi iuris ciuilis gratia;* mithin wäre die *b. p. secundum tabulas* und *unde legitimi* für die älteste zu halten; ihr schliesst sich die *b. p. supplendi iur c. gr.* mit den Ordnungen *unde cognati* und *unde uir et uxor* an, welche beide zu Cicero's Zeit (*cf. or. pro Cluent. c. 15. §. 45. c. 60. §. 165.*) bereits existierten (Fabricius, a. a. O. p. 52—55.). Endlich kommt die *b. p. corrigendi i. c. gr.* hinzu, d. h. die *b. p. contra tabulas* und *unde liberi*, von denen Cicero, etwa mit Ausnahme der *b. p. c. t.* des *suus* (s. Fabricius, a. a. O. p. 36 ff.) noch nichts weiss (vgl. bes. *Cic. in Verr. I. c. 44. 45.*). Erst unter August und vielleicht durch seine Mitwirkung ist dieser Schritt in der weiteren Ausbildung der *b. p.* geschehen, so dass die Reihenfolge, in welcher Justinian im *pr. I. de B. P. III. 9.* des dreifachen Verhältnisses der *b. p.* zu dem Civilrechte gedenkt, zugleich eine chronologische Hinweisung auf die allmälige Steigerung ihres Einflusses über das letztere enthält (s. Fabricius, a. a. O. p. 92 ff. Leist, a. a. O. Bd. I. p. 137 ff.). — So richtig es nun einerseits ist, dass die *b. p. unde cognati* und *unde uir et uxor* zu Cicero's Zeit bereits bestanden, so unerweislich bleibt es andererseits doch, dass die *b. p. contra tabulas* und *unde liberi* damals noch nicht existiert habe. Man (so jetzt auch *Ianssonius, l. l. p. 39. 82.*) folgert diess nämlich aus dem Wortlaute des Edictes, welches man nach Anleitung von *Cic. in Verr. I. §. 114. 117.* dahin restituiert hat: *Si de hereditate ambigitur. Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo* (vgl. Fabricius, a. a. O. p. 33. Leist, a. a. O. Bd. I. p. 125.). Hier werde die *b. p. secundum tabulas* als die erste genannt, auf sie folge gleich die *b. p. unde legitimi* (*cf. L. 1. L. 4. D. unde legit. 38. 7.*), so dass für die *b. p. contrà tabulas* und *unde liberi* gar kein Raum sei. Allein man irrt, wenn man glaubt, hier das Edict *unde legitimi* vor sich zu haben, und damit fallen dann die weiteren darauf gebauten Schlüsse in sich zusammen. Zwar halte auch ich die obige Restitution für durchaus richtig, und gebe vollkommen zu, dass das von Julian in *L. 1. D. cit.* angeführte Edictsfragment unmittelbar mit dem Ciceronianischen „*si tabulae testamenti non proferentur*“ zu verbinden sei, meine aber, dass eben diese Worte auf das schlagendste gegen

war, eine *bonorum possessio* zu ertheilen[37]). Auch später ist derselbe Weg mehrfach eingeschlagen worden[38]). Man fasste die einzelnen derartigen Fälle unter dem Namen der *b. p. quibus ex legibus*[39]) zusammen, bei welcher das Ineinanderfliessen beider Rechtsmassen schon äusserlich darin erkennbar wird, dass mitunter ein und das nämliche Gesetz den Erbinteressenten neben dem ihnen gegebenen wahren Erbrechte gleichzeitig noch eine *bonorum possessio* ausdrücklich

Fabricius und Leist beweisen. Die *b. p. unde legitimi* gehört zur *b. p. intestati.* Oben heisst es nun aber „*si is intestato mortuus esset*", also in Wirklichkeit war der Erblasser nicht ohne Testament verstorben. Offenbar haben wir es hier mit dem Abschnitte des Edictes zu thun, in welchem der Prätor kund macht, was für ein Verfahren er beobachten werde, wenn Niemand ihm die Testamentsurkunde vorlegen sollte (vgl. *L. 1. §. 1. D. quis ordo 38. 15.*). Erst später folgt dann die Behandlung der Intestaterbfolge eingeleitet von der Bedingung „*si tabulae testamenti nullae exstabunt*" (*Rubr. Dig. 38. 6.*), deren Wortlaut sich sogar bei Cicero (a. a. O. §. 115. „*eius testamentum erat nullum . . . quod tum non exstaret*") in einzelnen Redewendungen wieder erkennen lässt. Vgl. auch §. 10. Anm. 73.

[37]) Vgl. oben Anm. 28. Nro. 3.

[38]) Diess geht hervor aus der Fassung der Edictsworte „*uti me quaque lege, senatusue consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo.*" (*L. 1. pr. D. ut ex legib. 38. 14.*) Allerdings haben wir von einzelnen Fällen, die sonst noch hierher gehören, keine bestimmte Kunde; doch ist es wenigstens eine wahrscheinliche Vermuthung Hugo's (Röm. R.-G. 11. Aufl. p. 604), dass folgende Stelle Isidor's (*Orig. Lib. 5. c. 26.*) „*Internecici iudicium in eum dabatur, qui falsum testimonium fecerat, et ob id hominem occiderat. Accusatorem eius possessio bonorum sequebatur*" sich auf eine solche *b. p. ex lege* beziehe. Dass die sonst dahin gerechneten Beispiele, eine *b. p. ex Sc. Aproniano, ex lege Cornelia, ex L. 4. C. de postlim. reu. VIII. 51.*, die *b. p.* in die Güter eines wegen Militairvergehens zum Tode verurtheilten Soldaten (s. oben §. 4. Anm. 19.), aus einem Testamente, in welchem ein noch vor dem Testator wieder verstorbener *postumus* übergangen war (*L. 12. D. de iniust. 28. 3.*) und *ex L. ult. C. unde lib. VI. 14.* nur fälschlich und zum Theile in Folge einer Verwechselung mit der *b. p. unde legitimi* (wie sie jetzt wieder Vering, a. a. O. p. 588. Anm. 6. p. 622. Anm. 1. begegnet ist) hierher gezogen sind, darüber vgl. v. Löhr, a. a. O. Bd. III. p. 239—249. Wegen der älteren Lehrmeinungen über diesen Punkt s. bes. *Voet, Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 14.* und *Stryk, Tract. de success. ab intest. Diss. IX. c. 7. §. 21.*

[39]) Vgl. oben Anm. 28. Nro. 5. v. Löhr, a. a. O. p. 237—250.

einräumte (*L. 3. D. unde legit. 38. 7.* vgl. unten §. 10. Anm. 72.). — Eine weitere Annäherung der prätorischen an die civile Erbfolge wurde dadurch bewirkt, dass die kaiserliche Gesetzgebung nach und nach nicht wenige der erheblicheren Unterschiede zwischen ihnen beseitigte, indem sie theils das Princip der ersteren mehr und mehr zu allgemeiner Herrschaft brachte, theils das *ius honorarium* nach civilen Rechtsgrundsätzen umformte, theils endlich durch Beseitigung früherer oder Neubildung selbständiger Institutionen den Raum verengte, auf welchem die *b. p.* bis dahin hatte Platz greifen können. —

Das erste geschah schon dadurch, dass die Agnation als Erbfolgegrund in den neuen Gesetzen, z. B. dem *Sc. Tertullianum* und *Orphitianum*, fast vollständig aufgegeben und die Cognation an ihre Stelle gesetzt wurde (vgl. §. *2. I. de Sc. Orphit. III. 4. L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5. L. 11. D. de suis et leg. 38. 16. L. 1.* §. *8. L. 9. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.* unten §. 10.); dann aber auch für manche einzelne Fälle. So sollte die *b. p. secundum tabulas*, die früher dem Civilerben gegenüber stets *sine re* gewesen war, nach einem Rescripte Hadrian's[40]) dann unbedingt aufrecht erhalten werden, wenn das Testament bloss deshalb ungültig war, weil ein bei Lebzeiten des Testators wieder verstorbener *postumus* dasselbe in Folge seiner Präterition rumpiert hatte;

---

[40]) *L. 12. pr. D. de iniust. 28. 3.* „*Postumus praeteritus uiuo testatore natus decessit. Licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum uideatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Diuus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt*“ (*Vlp. Lib. IV. Disp.*). Mit Recht nimmt Fabricius, a. a. O. p. 112, an den Anfangsworten der Stelle Anstoss; nicht bloss die Geburt, sondern auch der Tod des *postumus* muss bei Lebzeiten des Testators erfolgt sein. Wenn der genannte Autor aber deswegen die Aechtheit des „*natus*“ bezweifelt (Francke, Notherben-R. p. 113 lässt es stillschweigend im Abdrucke fort), so ist diese Kritik den Basiliken (*Lib. 39. Tit. 2. c. 12.*) gegenüber unhaltbar. Sie leiten vielmehr auf die Conjectur „*natus est et decessit*“ (*ἐὰν ἐν ζωῇ τοῦ πατρὸς τεχθῇ ὁ κυοφορούμενος καὶ ἀποθάνῃ* ...); doch lässt sich auch die Florentinische Lesart dadurch vertheidigen, dass man zu *decessit* wieder *uiuo patre* ergänzt.

einzig die in einem solchen Testamente ausgesprochene Enterbung blieb bei dem Vorhandensein von *sui* kraftlos[41]). (Vgl. unten §. 83. 84.) Einen ferneren Schritt auf dieser Bahn that Marc Aurel[42]); er schützte durch eine *exceptio doli* denjenigen, der die *b. p.* aus einem *testamentum non iure factum*, d. h. einem wegen Mangels der civilrechtlichen Solennitäten hinfälligen Testamente[43]) erhalten hatte, gegen die an sich zuständige *hereditatis petitio* der Intestaterben. Diese Verordnung wurde dann, wie es scheint durch Interpretation, noch dahin ausgedehnt, dass die *bonorum possessores*, sofern sie selbst die nächsten *ab intestato* Berechtigten waren, auch gegen die in einem früheren sollennen und deshalb durch das spätere, bloss prätorische nicht aufgehobenen Testamente Eingesetzten in gleicher Weise durchdringen sollten[44]). — Das umgekehrte Verhältniss trat ein hinsichtlich der *bonorum possessio contra tabulas* weiblicher Descendenten. Hier wurde gleichfalls durch ein Rescript von Marc Aurel die Höhe des ihnen nach prätorischem Rechte zufallenden Erbtheiles auf dasjenige beschränkt, was sie *iure ciuili* vermöge des Accrescenzrechtes empfangen haben würden[45]). —

[41]) Vgl. *L. 13. D. de dol. exc. 44. 4.* und dazu *Huschke, a. a. O. p. 20.* Diese Bestimmung kommt übrigens nicht bloss den *sui exheredati*, sondern auch den *emancipati* zu Gut, sofern jene zur Erbschaft gelangen; vgl. auch *L. 15. pr. D. de legat. praest. 37. 5.* Mit Recht emendiert daher Huschke den Schlusssatz der *L. 13. D. cit.* dahin: *Quod non solum in persona suorum, sed iis heredibus in persona liberorum quoque emancipatorum obtinendum est.* Die Basiliken *Lib. 51. Tit. 4. c. 13.* unterstützen freilich diese Aenderung nicht.

[42]) *Gai. II. §. 120.* „— *rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali* —“.

[43]) Vgl. Fabricius, a. a. O. p. 113 ff. *Huschke, a. a. O. p. 21 ff.* v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 398. p. 14. Allerdings vermuthet v. Löhr, dass dasselbe auch für das *testamentum ruptum* und *irritum* gegolten, und die betreffende Nachricht in der lückenhaften Stelle des Gaius II. §. 149 sq. gestanden habe. Mag. Bd. IV. p. 452 ff.

[44]) S. *L. 12. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. D. de iniust. 28. 3.* Fabricius, a. a. O. p. 140 ff.

[45]) *Gai. II. §. 126. Sed nuper imperator Antoninus significauit rescripto, suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem,*

In gewissem Sinne kann man dahin noch ziehen den Erlass der Söhne Constantin's (*L. 9. C. qui admitti VI. 9. cf. §. 10. I. de B. P. III. 9. L. 7. §. 3. C. de cur. fur. V. 70.*), durch welchen die alte Form der *agnitio bonor. possessionis* abgeschafft und an ihrer Statt bloss eine einfache [46]) protocollarische Erklärung über die Annahme der Erbschaft gefordert wurde, welche vor jeder beliebigen [47]) Gerichtsbehörde abgegeben werden konnte, während die *agnitio* ausschliesslich vor dem competenten Magistrate (vgl. noch *L. 7. C. qui admitti — competens iudex —*) geschehen durfte. Dagegen behielt man die eigenthümlichen Fristen der *b. p.* auch für die neue Erwerbshandlung bei [48]). — Unter den Veränderungen der

quam quod iure accrescendi consequerentur; quod in emancipatis feminis similiter obtinet, scilicet ut, quod accrescendi iure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. Vgl. Huschke, *a. a. O. p. 20.*

[46]) Aehnlich wie auch die civile Erbantretung der Agnition gegenüber „*simplex aditio*" heisst. *L. 1. C. Th. de legit. hered. V. 1.* Im Gegensatze hierzu wird die ältere Agnitionsform „*solemniter petere* oder *admittere b. p.*" genannt (*L. 1. 2. C. comm. de succ. VI. 59.*), ohne dass man dabei jedoch, was weder mit dem allgemeinen Character des prätorischen Rechtes, noch mit der Darstellung bei Theophilus (*Paraphr. III. 9. §. ult.*) übereinstimmt, an bestimmte Wortformeln zu denken hätte, deren die Parteien oder der Magistrat sich bedienten, vgl. Leist, a. a. O. Bd. II. Abthl. 2. p. 118 f.

[47]) A. M. Mayer, Erb.-R. §. 119. Anm. 5. Allein die Worte „*apud quemlibet iudicem uel etiam apud duumuiros*" entscheiden doch wohl (*arg. L. 26. pr. D. ad munic. 50. 1. L. 3. D. de iurisd. 2. 1.*) dafür, dass die Agnition nicht mehr nothwendig vor dem competenten Magistrate zu geschehen brauchte. Vgl. auch Hugo, Röm. R.-G. 11. Aufl. p. 1127. Puchta, Inst. Bd. III. p. 270.

[48]) Vgl. Leist, a. a. O. Bd. II. Abthl. 2. p. 116—161. Dagegen lässt sich ein weiteres Vorschreiten der kaiserlichen Gesetzgebung in der Beseitigung der eigenthümlichen Erwerbsart der *b. p.* nicht erweisen. In *L. 8. C. qui admitti*, welche allerdings einige Wochen jünger zu sein scheint, als *L. 9. C. cod.*, ist zwar von einer Neuerung bezüglich des Rechtes der Agnition die Rede (*quoniam haec sanctio huiusmodi consuetudinis necessitatem mutauit*), allein dieselbe dürfte, wenn wir uns an den Wortlaut unserer Constitution halten, doch kaum in etwas Anderem bestehen, als in dem Erlasse besonderer Restitution gegen die Versäumniss der Agnition, sobald ein hinreichender Restitutionsgrund vorhanden war, und etwa in der Anerkennung der *rusticitas* als eines solchen (vgl. *L. 6.*

dritten Art ist neben minder bedeutenden Dingen wie der Aufhebung der Agnatentutel über Weiber (*Gai. Inst. I.* §. *157. 171.*) und dem dadurch bedingten Wegfalle der *tutoris auctoritas* für das civile Testament freigeborener Frauen (*cf. Gai. II.* §. *118 – 122.*) namentlich hervorzuheben die Entstehung einer neuen Testamentsform (s. unten §. 21.), welche nach und nach das civile wie das prätorische Testament völlig absorbierte und damit der *b. p. sec. tab.* zum grossen Theile den Boden entzog. Nicht minder durchgreifend verfuhr Justinian hinsichtlich der *b. p. intestati* und *contra tabulas* durch seine Umgestaltung der Intestat- (s. §. 10.) und Noth-Erbfolge (s. §. 89), so dass von der ersteren, nachdem schon vorher die Erbansprüche der Freilasser gegen ihre ohne Testament verstorbenen Liberten gesetzlich geregelt waren (*L. 4. C. de bon. lib. VI. 4.*), nur noch die *b. p. unde uir et uxor*, von dieser die patronatische *b. p.* gegen letztwillige Verfügungen von Freigelassenen übrig blieb, welche letztere mit dem Aufhören der Sklaverei natürlich ebenfalls ihr Ende fand. —

Aber noch von einer anderen Seite her wurde der Untergang der *bonorum possessio* allmälig vorbereitet. Hatte

---

C. eod. v. Savigny, Syst. Bd. III. p. 406. Anm. c.). Ebensowenig lässt sich behaupten, dass nach *Nou. Valent. III. Tit. XX. c. 1.* §. *5. ed. Hänel* im Weströmischen Reiche die Agnition allgemein (so Hugo, Röm. R.-G. p. 995. Z. 5.) oder doch für alle testamentarischen Erben (so Leist, a. a. O. p. 151 ff.) unnöthig geworden sei, vielmehr sind unter jener Bestimmung nur die begriffen, welche die *missio ex edicto diui Hadriani* nachsuchen, damit natürlich ihren Willen, die Erbschaft anzunehmen, gerichtlich erklären und so den in *L. 9. C. qui admitti* aufgestellten Formerfordernissen genügen. Vgl. *L. 7. pr. C. Th. de testam. et cod. IV. 4.* Bachofen, Pfand-R. Bd. I. Basel 1847. p. 366. Dagegen ist in der Westgothischen Interpretation des Breviarium Alaricianum in der That die *b. p.* und mit ihr die Agnition gänzlich verschwunden, s. *Interpr. ad L. un. C. Th. de cretione uel b. p. IV. 1.*, vgl. Leist, a. a. O. p. 156. f. — Umgekehrt enthält auch *L. 8. C. Th. de matern. bon. VIII. 18.* (vgl. Leist, a. a. O. p. 136 f.) keine Uebertragung der Agnitionsfrist auf die civile Erbantretung; ausdrücklich heisst es dort „*dum tamen intra annum ad impetrandam bonorum possessionem praescriptum uterque de possessione amplectenda suum prodat arbitrium.*“

schon mit dem Abkommen des Formularverfahrens jeder äussere Unterschied zwischen den Klagen des civilen Erben und den *utiles actiones* des *bonorum possessor* verschwinden müssen, war dasselbe Resultat auf dem Gebiete der dinglichen Rechte durch die Verschmelzung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums herbeigeführt worden (vergl. Glück, Intestaterbf. §. 141.), war endlich das bei Ertheilung prätorischer Erbansprüche wirksame magistratualische *imperium* je mehr und mehr zu einem lediglich nominellen herabgesunken, so fiel die eigenthümliche Bedeutung der *b. p.* für das Römische Erbrecht vollends zusammen, als Justinian die prätorischen Rechtssätze durch ihre Aufnahme in seine Legislation zu wirklich gesetzlichen erhob. Wenn man späterhin *hereditas* und *b. p.* noch von einander sonderte, so konnte diess jetzt bloss eine Bezeichnung für den historischen Ursprung der einzelnen Rechtsinstitute sein; von verschiedenen Organen, welche die eine oder andere Erbberechtigung ertheilten, ist natürlich keine Rede mehr. Daher die stillschweigende Beseitigung der *b. p. sine re*[49]), deren eigenthümliche Natur sich eben einzig aus dem gleichzeitigen Bestehen zweier von einander unabhängigen Erbesberufungen erklärt. Allerdings sind auch im Justinianischen Rechte *hereditas* und *bonorum possessio* nicht vollständig ausgeglichen. Für letztere blieb in der Nothwendigkeit gerichtlicher Anerkennung innerhalb der Agnitionsfrist[50]) und in

---

[49]) Sicher ist diess nicht erst durch Justinian bewirkt, obschon genaue Zeitangaben hinsichtlich dieses Factums sich nicht wohl werden machen lassen. Spuren der *b. p. sine re* will Leist, a. a. O. p. 228 ff., noch in folgenden drei Digestenstellen wieder finden. *L. 95. §. 8. D. de solut. 46. 3. L. 25. §. 2. L. 11. pr. D. de H. P. 5. 3.* Richtig ist es nun zwar, dass zu den dort besprochenen Fällen von Erbschaftsbesitz auch die der *b. p. sine re* gehörten (vgl. z. B. *Schol. Basil. 42. 1. 25. Heimbach, Tom. IV. p. 217. Nro. 5.*), jedoch keinesweges ausschliesslich, wie gerade bezüglich der *L. 25. §. 2. cit.* das „*hoc utique, si exigere potuit*" beweist. Man kann also den Compilatoren die Aufnahme dieser Fragmente nicht zum Vorwurfe machen. Vgl. noch Schilling, Bem. über Röm. R.-G. p. 221. f.

[50]) Ausser unzähligen anderen Stellen s. namentlich *§. ult. I. de B. P. III. 9.*, wo das Recht der *L. 9. C. qui adm.* als noch geltendes vor-

dem obgleich durchaus inhaltslosen[51]) Vorrechte des *interdictum quorum bonorum*[52]) immer ein unterscheidendes Merkmal

getragen wird. Leist, a. a. O. p. 235 ff., nimmt allerdings an, „dass es der Agnition auch für die prätorischen Erbklassen nicht mehr nothwendig bedürfe, sondern dass sie sich durch *pro herede gestio* ersetzen lasse.“ Das scheinbarste seiner Argumente hierfür ist noch das, dass Stellen wie *L. 19.* und *22. C. de iur. delib. VI. 30.* bloss von der *hereditatis aditio* und *pro herede gestio* reden, während sie sich offenbar auf die gesammte Erbfolge erstrecken sollen. Zur Erklärung dieses Umstandes wird der Hinweis darauf genügen, wie schon ehedem *heres, hereditas, successionem adipisci* und ähnliche Ausdrücke (s. *L. 14. C. cod. Gai. III. §. 36. L. 2. §. 4. C. Th. de int. rest. II. 16. al.*) gleichmässig civiles und prätorisches Erbrecht umfassten, und wie man dem entsprechend später auch *hereditatem adire* in demselben weiten Umfange setzen konnte. Ein Sprachgebrauch, der sich mit voller Sicherheit bei den Byzantinischen Commentatoren des *corpus iuris* nachweisen lässt, s. z. B. *Schol. Bas. 41. 4. 1. Heimbach, Tom. IV. p. 150. Nr. 9. Schol. Lib. 45. Tit. 5. c. 1. Heimbach, l. l. p. 543. Nro. 1.* — Durchaus unrichtig ist die fernere Behauptung Leist's (a. a. O. p. 245 ff.), dass seine Ansicht schon von den Byzantinern vertreten werde. Dieser Irrthum scheint seine Wurzel zu haben in einem Missverständnisse von *Schol. Bas. Lib. 39. Tit. 1. c. 6. Heimbach, Tom. IV. p. 8. Nr. 6.*, wo die *hereditatis aditio* keinesweges als „*agnitio fictitia*“ bezeichnet wird, sondern lediglich von einem *ἀδιτεύειν ἢ πρὸ νερέδε γεριτεύειν ἐσχηματισμένως*, also einer *ficta aditio* oder *pro herede gestio* die Rede ist, wie man etwa auch die *agnitio b. p. lit. ord. gr.* eine *ficta agnitio* nennen könnte.

[51]) Legt schon Gaius (III. §. 34.) auf die Berechtigung zum Interdicte offenbar ein geringes Gewicht, so gewährte es nach dem Untergange des alten Formularverfahrens dem Erben nichts, was er nicht ganz eben so gut durch die ihm zustehende *hereditatis petitio* hätte erreichen können. Insofern führt das Interdict im Justinianischen Rechte eine blosse Scheinexistenz fort. Vgl. v. Savigny, Verm. Schrift. Bd. II. p. 236 f. p. 241. 304. unten §. 63.

[52]) A. M. Leist, a. a. O. p. 257 ff. bes. p. 260. Nach ihm wäre das Interdict der Justinianischen Compilation „ein Rechtsmittel für alle Erbklassen, prätorische wie civile, sobald diese nur in der bestimmten Frist *b. p.* agnosciert hatten.“ An selbständigen Gründen für diese Ansicht fehlt es bei ihm durchaus; sie erscheint vielmehr als die nothwendige Ergänzung seiner in Anm. 50. bekämpften Meinung. Uebrigens thut er auch in Betreff der Lehre vom *interdictum quorum bonorum* den Byzantinern Unrecht; sie hätten dasselbe, sagt er a. a. O. p. 255. 259., mit der *hereditatis petitio* völlig zusammen geworfen. Die in Bezug genommene Stelle des Theodorus (Bas. 40. 9. 3. *Heimbach, Tom. IV. p. 88. Schol. a*), deren Uebersetzung bei Heimbach freilich nicht ganz

zurück. Erst mit dem Wiederaufleben des Römischen Rechtes im Mittelalter wurde der letzte Rest von practischer Bedeutung der *b. p.* getilgt[53]). Die Agnition mit ihren Formen

correct ist, giebt zu jener Behauptung keinen hinlänglichen Grund, und das gleich folgende Fragment des Isidorus liefert geradezu den Gegenbeweis. Erst die Basilikenscholiasten (s. z. B. *Heimbach, Tom. IV. p. 51. Nro. 6.*) haben die Einsicht in den Unterschied von *b. p.* und *hereditas, agnitio* und *petitio* u. s. w. verloren.

[53]) Vgl. hinsichtlich der Reception dieser Lehre in Deutschland Leist, a. a. O. p. 349 ff. — Auffallend ist es freilich, dass bereits in der Turiner Institutionenglosse (v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M. A. Bd. II. p. 459. Nro. 318. *verb. „nulla autem modo est differentia“* vgl. dazu Leist, a. a. O. p. 384 ff.) die *b. p.* gänzlich beseitigt erscheint. Wir können darin bloss den Beweis erblicken, wie schnell die Praxis dasjenige aus dem Justinianischen Recht entfernt hat, was dort aus Pietät gegen die bestehende Theorie eine formelle Anerkennung fand, wiewohl es innerlich schon abgestorben war; ein Process, der sich übrigens im Westgothischen Reiche längst vollzogen hatte (vgl. Anm. 48.). Was die spätere Zeit anlangt, so dürfen wir auf die Darstellung des Rechtes der *b. p.* bei den Glossatoren kein allzugrosses Gewicht legen, da die einschlagenden Ausführungen, wie der gesammte Character dieser Schule, lediglich historisch-exegetischer Natur sind (s. Leist, a. a. O. p. 372 bis 388.). Wichtiger sind dagegen die practischen Arbeiten der Postglossatoren, in denen keine Spur von thatsächlicher Geltung unserer Lehre sich findet, wogegen ihr in den theoretischen Schriften jener Zeit allerdings mehr Aufmerksamkeit zugewendet wird. Jedoch lässt sich aus letzterem Umstande wenig schliessen, indem dort überall nur die Meinungen der Glossatoren weiter verfolgt und ausgesponnen sind. Leider hat diess aber die üble Wirkung gehabt, dass der klare Blick für die Stellung des ganzen Institutes im gemeinen Rechte den Neueren meist verloren ging, und die Litteratur der folgenden Jahrhunderte nur zu geneigt ist, die *b. p.* ohne weitere Prüfung für eine noch practische Materie zu halten. Die Untersuchung über den Stand dieser Frage in der Gegenwart wird dadurch in hohem Grade erschwert. — Die grosse Mehrzahl der Deutschen Juristen des 16. bis 18. Jahrhunderts trägt die Lehre von der *b. p.* in allen wesentlichen Theilen als geltendes Recht vor; Manche, als ob sich das ganz von selbst verstünde (s. z. B. noch *Hofacker, Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1634. sq.*); so unterschied man sogar „erben“ und „erbnehmen“; jenes sollte auf das civile, dieses auf das prätorische Erbsystem sich beziehen (vgl. z. B. *Brunnemann, Comm. in Cod. Lib. VI. Tit. 14. Nro. 4.*). Dass diese Aenderung eine rein willkürliche ist, zeigt z. B. ein Blick auf die Titelrubriken älterer Deutscher Juristen, wie des Ambrosius Schurer *De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.* Leipzig 1595. „Von Erbnemung der

und Fristen ist überall der formlosen Erbantretung gewichen[54]); jeder Erbe hat als solcher das jetzt freilich von

---

Kinder in absteigender Linie." „Von erbnemen der Eltern in aufsteigender Linien." „Von erbnemen der Seitlingen in gemeinen Rechten" u. s. w. Andere versuchen zwar einen Beweis für das Fortbestehen der *b. p.*, glauben ihn aber schon geliefert zu haben, wenn sie zeigen, wie diejenigen, welche nach neuestem Justinianischen Rechte als *bonorum possessores* eintraten, noch heute die gleichen materiellen Erbansprüche besitzen (so u. A. *Stryk, Vsus modern. Lib. 37. Tit. 1. §. 3. sq.*). Wieder Andere gestehen zu, dass man von der *b. p.* nirgends mehr etwas höre, allein bloss der Name sei verschwunden, die Sache dauere fort, indem man auch jetzt den Richter oft um Bestätigung im Erbschaftsbesitze und Anerkennung der Erbenqualität angehe (vgl. *Lauterbach, Colleg. Pand. Lib. 37. Tit. 1. §. 2. Meier, Colleg. Argentor. ibid. Nr. 3.* u. A. m.), auch die Particularrechte heutzutage als *ius Praetorium* angesehen werden müssten. Das letztere ist natürlich eine leere unhistorische Spielerei, und aus dem ersten ergiebt sich lediglich die Anwendbarkeit des *interdictum quorum bonorum* als eines provisorischen Rechtsmittels. Erst im 19. Jahrhunderte hat hier eine richtigere Einsicht Platz gewonnen, und die wirkliche Gestalt unseres Rechtslebens bei den Theoretikern mehr Beachtung gefunden (s. z. B. Hugo, Lehrb. d. heut. Röm. R. 7. Aufl. p. 160. Anm. 1. Schweppe, Röm. Priv.-R. §. 841. Göschen, Vorles. Bd. V. §. 995. Seuffert, Pract. Pand-.R. Bd. III. §. 518. p. 124. Sintenis, Civ.-R. §. 193. Anm. 1. §. 194. und vor Allen Leist, a. a. O. Schade, dass in seinen Untersuchungen die nöthige Genauigkeit nicht selten vermisst wird), obschon volle Einstimmigkeit über diesen Punkt immer noch nicht erreicht ist. (Vgl. z. B. Rosshirt, Testam. Erb-R. II. p. 137.)

[54]) S. *Giphanius, Explanat. in Inst. III. 9. ed. Argentor. 1611. p. 344.* „*Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bon. possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis ciuili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in iure municipali siue statutis ciuitatum et constitutionibus imperii regum ac principum nulla usquam mentio b. possessionis fieri solet: deinde quia in consiliis Dd. item nulla exstat mentio: postremo et ratio est, cur hodie eius nullus esse debeat aut possit, satis perspicua.*" Giphanius dürfte allerdings ziemlich der Einzige sein, der unter den Deutschen Rechtslehrern der früheren Jahrhunderte in dieser entschiedenen Weise die *b. p.* für antiquiert erklärte. Die von Leist, a. a. O. p. 418. 419, angeführten Gewährsmänner sprechen entweder nicht von Deutschland (wie z. B. *Voët, Comm. in Pand. Lib. 37. Tit. 1. Nro. 1.*), oder geben nur an, dass nach Giphanius Zeugnisse dort die *b. p.* ausser Uebung sei, kommen also nicht als selbständige Zeugen in Betracht (so z. B. *Vinnius, ad Inst. III. 9. i. f.*), oder sagen auch geradezu das Gegentheil

Grund aus umgestaltete *interdictum quorum bonorum*[55]); sogar die Fälle der ehemals zur *b. p. decretalis* gerechneten erb-

---

(wie Brunnemann, *Comm. in Dig. ad L. 1. h. t. Nr. 8. 9.* Müller, *ad Struuium h. t. Nro. III.*). Eher kann man diejenigen als Meinungsgenossen des Giphanius aufzählen, welche die *b. p.* bloss wegen des heutigen *interd. quor. bonor.* für practisch erachten (bei Lauterbach *l. l.* ist das nur einer von mehreren Gründen, vgl. *L. 37. Tit. 1. §. ult.*), oder zwar die Geltung derselben im gemeinen Rechte anerkennen, sie aber für ihr Particularrecht etwa auf die besonderen erbrechtlichen Missionen beschränken, wie Zasius *Parat. ad Tit. Dig. de H. P. poss. O. O. Tom. I. Lugd. 1550. col. 149. Nro. 4. 5.*, nachdem er die Unterschiede von *b. p. edictalis* und *decretalis* entwickelt hat. „*Hodie non est necesse, quod decernatur, sed sufficit eam agnoscere, L. fin. C. qui adm. etc. ..in nostra ciuitate locum habet b. p. decretalis et non agnitiua.*“ Wo das *hodie* sicher nicht bloss auf das Justinianische Recht zu beziehen ist, wie Leist, a. a. O. p. 417. Anm. 6., annimmt. Wichtiger sind die Urtheile wie das von Herold, *Tractat. de iure repraes. cap. 1. §. 12.*, mitgetheilte Urtheil der Magdeburger Schöffen, wo in Fällen unzweifelhafter *bonorum possessio* doch zum naiven Erstaunen der späteren Theoretiker von Agnition und deren Fristen keine Rede ist; wenn nun dessen ungeachtet in Facultätsgutachten mitunter der Beweis rechtzeitiger Agnition der *b. p.* gefordert wird, wie bei Wernher, *sel. obs. Tom. III. obs. 391.*, so hat diese Büchergelehrsamkeit sicher keinen nachhaltigen Einfluss auf die Praxis geübt. S. auch Seuffert, Arch. Bd. VII. Nro. 71. und unten §. 13. Anm. 6a. Ueber die Bedeutung der Particularrechte für unsere Frage vergl. überhaupt Leist, a. a. O. p. 433—447.

[55]) So giebt schon die Glosse *ad L. 1. pr. D. quor. bonor. 43. 2. u. ex edicto meo* dem Civilerben ein *interdictum utile*, und so die Späteren, etwa mit Ausnahme der Französischen Schule, alle (s. namentlich das lehrreiche Gutachten von Joh. Fichard, *Consil. Francof. 1590. Tom. I. cons. 37.*); zwar berief man sich zu dem Ende oft auf *L. 1. C. quor. bonor. VIII. 2.* (s. z. B. *Gl. ad h. l. u. hereditatem* u. vgl. Leist, a. a. O. p. 470.), daneben aber auch auf die *aequitas* und darauf, dass der Civilerbe unmöglich dem prätorischen nachstehen dürfe. Wir können deshalb trotz der irrthümlichen Interpretation der *L. 1. C. cit.* die heutige Praxis nicht schon über den Haufen werfen, sondern haben in ihr den Ausdruck eines wahren neueren Gewohnheitsrechtes anzuerkennen. Von einzelnen Autoren s. etwa Lauterbach, *Colleg. Pand. Lib. 43. Tit. 2. §. V.* Stryk, *Vsus modern. Pand. 43. 2. Nro. II.* Cocceji, *Ius controu. ibid. quaest. II.* Hofacker, *Princ. iur. ciu. Tom. III. §. 4080. not. a.* Glück, Comment. Bd. VIII. p. 16. Thibaut, Pand. Thl. II. §. 914. Anm. n. Seuffert, Pract. Pand.-R. §. 583. Bayer, Summ. Proc. §. 71. u. A. m., vgl. überhaupt Leist, a. a. O. p. 469—474.

rechtlichen Missionen (vgl. oben Anm. 23.), wo selbstverständlich die richterliche Mitwirkung und das Ansuchen um dieselbe nicht zu entbehren war, sind wenigstens an die Beobachtung der Agnitionszeiten nirgend mehr gebunden[56]). —

§. 8. **Vermächtniss.**

Vermächtnisse sind letztwillige Gaben aus der Erbschaft (*L. 116. pr. D. de leg. I. 30. L. 36. D. de leg. II. 31.* vgl. §. *1. I. de leg. II. 20.*). Sowohl die Disposition selbst, als deren Object wird mit jenem Namen bezeichnet. Aus dem Begriffe der Letztwilligkeit folgt: 1) Sie finden nur auf Grund besonderer Verfügung Statt (*Legatum est donatio testamento* oder *a defuncto relicta*, s. *L. 36. D. cit.* §. *1. I. cit.*). 2) Sie sollen erst mit dem Tode des Vermächtnissanordners wirksam werden und bleiben bis dahin frei widerruflich[1]) (*L. 3.* §. *11. L. 4. D. de adimend. 34. 4. „ambulatoria enim est uoluntas defuncti usque ad uitae supremum exitum“*). Daraus, dass sie Gaben aus der Erbschaft sind (*delibatio hereditatis L. 116. pr. D. cit.*) geht hervor: 1) Sie setzen die Existenz eines Erben voraus, in welchem sich erst die Gabe vollziehen kann (vgl. unten §. 75.), indem die der ruhenden Erbschaft an dem Vermögensverkehre gestattete Theilnahme (s. oben §. 3.) sich nur so weit erstreckt, als das eigene Interesse derselben es erfordert, freigiebige Veräusserungen einzelner Vermögensbestandtheile diesem Interesse aber geradezu widersprechen[1a]). 2) Das Vermächtniss begründet eine Singularsuccession; es ist eine Gabe aus der Erbschaft, nicht diese selbst (*Gai. Inst. II.* §. *97. „... legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus ...“ cf. ibid.* §. *191.*; §. *6. I. per quas pers. II. 9. Pr. I. de legat. II. 20.*). Dem steht auch nicht entgegen, dass der materielle Inhalt des

[56]) Vgl. z. B. Leist, a. a. O. p. 422, Seuffert, Pract. Pand.-R. §. 518. Anm. 7.

[1]) Ueber den sog. Vermächtnissvertrag s. Beseler, Erbvertr. Bd. II. Abthl. 1. p. 22—24. 213—228. Abth. 2. p. 109—122. und unten §. 73.

[1a]) Eine andere Erklärung versucht Puchta, Cursus der Inst. Bd. III. §. 321. p. 289., vgl. Vorles. Bd. II. p. 302.

Vermächtnisses eine Quote der Erbschaft (Universalvermächtniss) sein kann (*Gai. Inst. II. §. 247—259. Vlp. XXIV. §. 25. XXV. §. 14—16. Tit. Inst. De fideicommissariis hereditatibus.*). Erst später ist daraus eine vermittelte Erbfolge geworden (vgl. unten §. 81.). 3) Der Erbe hat die Verpflichtung, das Vermächtniss zu realisieren, jedoch nicht überall in Folge einer besonderen persönlichen Verbindlichkeit; denn wo der Bedachte unmittelbar ein Recht an einer Sache empfängt, sei es Eigenthum, oder *ius in re aliena*, da genügt diess, um den Erben zur Herausgabe des Gegenstandes oder der sonst etwa nöthigen Leistung anzuhalten. Ja, äusserlich betrachtet würde bei der Unmöglichkeit der Singularsuccession in Obligationen eine Gabe aus der Erbschaft immer nur in der Zuwendung von Erbschaftssachen oder von dinglichen Rechten an solchen haben bestehen können; allein da auch in der Constituierung einer Forderung für den Vermächtnissnehmer gegen den Erben offenbar die Ueberweisung eines Vermögenswerthes aus der Erbschaft an jenen liegt, so haben die Römer schon früh Vermächtnisse mit der Wirkung, den Erben zu obligieren, anerkannt[2]). Nach Justinian's Verordnung (*L. 1. C. comm. de leg. VI. 43.*) tritt diese Wirkung sogar bei allen ihm auferlegten Vermächtnissen ein, obwohl eine innere Nothwendigkeit dafür, wie gesagt, keineswegs geltend gemacht werden kann (vgl. unten §. 77.). —

Das Römische Recht unterschied ehemals zwei Formen, in denen die Anordnung von Vermächtnissen geschehen konnte. 1) Die civile, das Legat. Diess war an bestimmte (Lateinische) Wortformeln gebunden (*§. 2. I. de legat. II. 20. „. . . et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant . . .“ Vlp. XXV. §. 1. „ciuilibus uerbis.“ cf. Gai. II. §. 281. Vlp. XXV. §. 9.*), welche sämmtlich die Verfügung des Erblassers direct aussprachen (*Vlp. XXIV. §. 1. „Legatum est, quod legis modo, id est imperatiue, testamento relinquitur.“ cf. Gai. II. §. 268. „directo iure“*, und nur im Testamente oder testamentarisch bestätigten Codicille

---

[2]) Vgl. Huschke, Recht des *nexum*. p. 214 f.

möglich (*Gai. II. §. 269. 270ᵃ. Vlp. XXIV. §. 1. XXV. §. 8. L. 36. D. de leg. II. 31.*). Auch durfte es einzig dem Testamentserben auferlegt werden (*Gai. II. §. 270. 271. Vlp. XXIV. §. 20. 21.*). Der Vermächtnissnehmer hiess hier Legatar. Das Legat zerfiel wieder in vier Unterarten: *a*) Das *legatum per uindicationem*[3]). Zu seiner Errichtung bediente man sich ursprünglich der Worte „*do, lego*"; daher auch der Name „*do, lego legatum*" (*fr. Vat. 47. 57. 75. 83. al.*). Nachmals wurde schon einer von beiden Ausdrücken, *do* oder *lego* (s. z. B. *L. 36. pr. D. de leg. I. 30. L. 8. §. 1. L. 41. pr. L. 45. pr. D. de leg. II. 31. al.*), ebenso „*sumito*", „*capito*", „*sibi habeto*[3a])" für hinreichend erachtet (*Gai. II. §. 193. Vlp. XXIV. §. 3. Theoph. ad §. 2. I. de legat. II. 20.*). Es gewährt dem Bedachten Eigenthum *ex iure Quiritium* (*Gai. II. §. 194. 204.*) oder ein civiles *ius in re aliena*[4]) (*fr. Vat. l. l. Paull. S. R. III. 6. §. 17.*) und damit ohne Weiteres die betreffenden dinglichen Klagen[4a]); deshalb *legatum per uindicationem.*

---

[3]) Vgl. Gaius, II. §. 193—200. *Gai. epit. II. 5. §. 1. §. 3—5. A. Faber, Coniect. Lib. VI. c. 1.* Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. Bd. IX. p. 65—97. Puchta, Inst. Bd. III. §. 321. p. 289 f. Mayer, Die Lehre v. d. Legaten u. s. w. §. 2.

[3a]) Auch diese Worte finden sich vielfach verbunden. So „*sumito, sibique habeto*" *L. 20. D. de opt. leg. 33. 5. L. 32. §. 4. D. de aur. arg. 34. 2.*, vgl. v. Buchholtz, Prälegate, p. 5. 6. Der Westgothische Gaius liefert noch die Formel „*Illam rem tibi praesume, habe, uindica.*" Es ist ein Irrthum, wenn Marezoll, a. a. O. p. 66., das Wesentliche der Formel in eine Anweisung an den Legatar zu vindicieren setzt und daneben dem „*do lego*" eine bloss secundäre Bedeutung beilegt. Dass das Verhältniss vielmehr das umgekehrte war, beweist die Darstellung bei Gaius und der Name „*do lego legatum*" deutlich genug, s. auch Mayer, a. a. O. Anm. 5.

[4]) Ohne Zweifel war es möglich, auch eine civile Prädialservitut an den Eigenthümer des dienenden Grundstückes der Gestalt zurück zu vermachen, obgleich die Quellen dieses Falles nicht besonders gedenken. Vgl. Mayer, a. a. O. Anm. 4. 6. Nur ein Analogon des Vindicationslegates will Marezoll, a. a. O. p. 68. Anm. 2., überall da erblicken, wo *res incorporales* den Gegenstand desselben bilden; s. dawider *Fr. Vat. §. 47. 57. 83. al.*

[4a]) Marezoll, a. a. O. p. 89 ff., giebt unter Umständen, so bei bedingten und bei Vermächtnissen von Fungibilien, dem Legatar neben der *rei uindicatio* noch eine *actio in personam.* Allein der Anspruch

Natürlich aber muss der Erblasser berechtigt sein, in der Art über die fraglichen Objecte zu disponieren, d. h. er muss selbst zur Zeit der Errichtung wie zur Zeit seines Todes ächtes Eigenthum daran gehabt haben[5]). Nur hinsichtlich der Fungibilien liess man sich daran genügen, wenn diess auch bloss im letzteren Augenblicke der Fall war (*Gai. II. §. 196. Vlp. XXIV. §. 7.*). *b*) Das *legatum per damnationem*[6]). Die eigentlich solenne Formel ist hier „*heres meus dare damnas esto*"; man hat darnach den Namen „*damnas esto legatum*[7]") gebildet. Daneben kamen später in Gebrauch „*dato*", „*facito*", „*heredem meum dare iubeo*" (*Gai. II. §. 201. Vlp. XXIV. §. 4.*). Der Legatar erhielt daraus eine auf *dare* oder *dare facere oportere* gerichtete, streng civile Klage gegen den Erben[8]) (*Gai. II. §. 204.*

---

des letzteren *pendente condicione* ist kein obligatorischer. Erst hinsichtlich der *cautio legatorum seruandorum causa* lässt sich diess behaupten.

[5]) Die Gründe, warum das Quiritische Eigenthum an den *per uindicationem* vermachten Sachen im Momente der Testamentserrichtung und des Todes bei dem Erblasser vorhanden gewesen sein muss, in der Zwischenzeit aber fehlen durfte, sind ganz analog den oben §. 4. nach Anm. 52. auseinandergesetzten. Im ersten Augenblicke wird über das Object verfügt, im zweiten tritt diese Verfügung in Kraft, und diess auch dann noch, wenn das Vermächtniss unter einer Bedingung gegeben war, denn die Disposition wenigstens steht mit dem Tode des Testators fest, dass bei Erfüllung der Bedingung die Sache an den Legatar gelangt, vgl. meine Judicialstipulationen p. 125. a. E. Anders Marezoll, a. a. O. p. 69., dessen Auffassung jedoch einestheils auf den oben Anm. 3a. gerügten Irrthum zurückkehrt, andererseits nicht zutreffend erscheint, sofern die Zeit, wo der Legatar vindicieren soll, nach der Absicht des Erblassers selbst jedenfalls nicht die der Testamentserrichtung ist. Die Ausnahme in Betreff der Fungibilien ist vielleicht bloss der Zweckmässigkeit halber gemacht, wahrscheinlicher aber daraus zu erklären, dass es sich hier von vorn herein gar nicht um individuell bestimmte Dinge handelt.

[6]) S. *Gaius II. §. 201—208. Gai. epit. II. 5. §. 2. Theophil. l. l.* Marezoll, a. a. O. p. 97—103. Puchta, a. a. O. p. 290—292. Mayer, a. a. O. §. 3.

[7]) *Agroetius, de orthogr. p. 2271. ed. Putsch* „... *unde et in iure damnas esto legamen* (lies *legatum*) *dicitur* ..."

[8]) Wegen der Entwickelung dieses Legates, welches ursprünglich wohl bloss auf Geldgeben gieng und die dabei anzuwendenden Klagformen s. Huschke, R. d. *nexum* p. 220 ff. Für eine *bonae fidei actio* hält

Theoph. Paraphr. ad §. *2. I. de legat. II. 20.*). Daher darf Alles, was den Inhalt einer Obligation bilden kann, auch Gegenstand dieses Legates sein; die Uebertragung von eigenen Sachen des Testators sowohl wie von fremden (*Gai. II.* §. *202.*), die Bestellung von *iura in re aliena* daran (*Paull. R. S. III. 6.* §. *17.*), die Vornahme von anderweitigen factischen (*Paull. l. l.* §. *10.*) oder juristischen (z. B. *uendere L. 49.* §. *8. 9. L. 66. D. de leg. I. 30. L. 30.* §. *3. D. de leg. III. 32*; *liberare L. 7.* §. *1. L. 11. D. de lib. leg. 34. 3; soluere L. 7.* §. *2. D. eod.* u. s. w.) Handlungen, sowie endlich Unterlassungen (z. B. *non petere L. 2. pr. L. 7. pr. D. eod.*). *c*) **Das *legatum per praeceptionem***[9]). Die Anordnung desselben erfolgte durch die Worte „*Lucius Titius illam rem praecipito*" (*Gai. II.* §. *216. Vlp. XXIV.* §. *6.*), womit dann wohl noch „*sumito sibique habeto*" einzeln (*L. 27.* §. *3. D. de instruct. 33. 7. L. 12. C. de legat. VI. 37.*) oder zusammen (*L. 88. pr. D. de leg. II. 31. L. 92. pr. D. de leg. III. 32. L. 26. D. de pecul. leg. 33. 8.*) verbunden zu werden pflegten[10]). Ueber die Natur dieses Vermächtnisses waren schon die Römischen Juristen uneinig. Die Sabinianer lehrten, bloss dem Erben könne in der Weise legiert werden (*Gai. II.* §. *218.*), und lediglich die *actio familiae erciscundae* stehe ihm deshalb zu Gebote (*ib.* §. *219.*). Demnach sei es nur an Sachen des

---

Marezoll, a. a. O. p. 100. die auf *dare facere oportere* gestellte Legatsklage. Das Gegentheil ergiebt *L. 8.* §. *6. D. de lib. leg. 34. 3.* . . . „*agens procurator ex testamento incerti doli mali exceptione excludi potest.*" Doch soll nicht geläugnet werden, dass in einzelnen Punkten gewisse Aehnlichkeiten zwischen der *actio incerti* und den *bonae fidei iudicia* hervortreten, welche der *condictio certi* abgehen. Vgl. vorläufig Huschke, Gaius p. 227 ff.

[9]) *Gai. II.* §. *216—223. Gai. epit. II. 5.* §. *7. Theoph. l. l.* Marezoll, a. a. O. p. 114—116. Puchta, a. a. O. p. 293 f. Mayer, a. a. O. §. 4. v. Buchholtz, Präl. p. 2 ff.

[10]) Noch in den Noten des Magno und Petrus Diaconus finden sich die Siglen *P. S. T. Q. H.* aufgelöst in *praecipito, sumito tibique habeto.* Im ächten Probus (*ed. Mommsen*) fehlt diese Formel jedoch. Darüber, dass das von Westenberg (*Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XXX.* §. *10.*) u. A. angeführte *praecipuam accipito* bloss eine verfehlte Rückübersetzung aus Theophilus ist, vgl. v. Buchholtz, a. a. O. p. 4.

Testators [11]) möglich mit der einzigen mehr scheinbaren als wirklichen Ausnahme *fiduciae causa* von ihm mancipierter Objecte (*ib.* §. *220.*). Die Proculianer erkannten zwar das Präceptionslegat in der eben geschilderten Function an [12]) (*ib.* §. *222.*), legten ihm aber daneben unter Umständen die

---

[11]) „... *nisi quod testatoris sit* ...“ heisst es bei *Gai. II.* §. *220.* Kein Zweifel, dass darunter auch *iura in re aliena* begriffen sind. Ferner war es, wie schon das Stillschweigen des Schriftstellers in §. 220. es andeutet, und die gelegentliche Erwähnung des *in bonis* in §. 222. es klar zeigt, zulässig, auch Sachen, die dem Testator nicht *ex iure Quiritium* gehörten, auf diese Weise zu vermachen. Ebenso wenig wurde gefordert, dass dieselben schon zur Zeit der Testamentserrichtung im Eigenthume des Erblassers gestanden haben mussten, denn der Act des Legierens enthielt hier bloss die Aufforderung an den Betheiligten, sich die Objecte zuzueignen, nicht wie der Ausdruck „*do, lego*“ eine unmittelbare Verfügung über sie. In beiden letzten Punkten abweichend Marezoll, a. a. O. p. 115., hauptsächlich wohl wegen *Vlp. XXIV.* §. *11.* „*Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per uindicationem.*“ Dass dieser Satz, sowie er hier lautet, jedenfalls zu eng ist, zeigt *Gai. II.* §. *222.* Man kann daher für unsere Frage kein besonderes Gewicht darauf legen gegenüber der Darstellung des Gaius, die ebenso wie die Natur der Sache für die obige Auffassung spricht. — Dagegen kann ich der Vermuthung von Mayer, a. a. O. Anm. 4., nicht beistimmen, wonach diese Vermächtnissform sogar auf obligatorische Rechte anwendbar gewesen wäre; Gaius erwähnt dieser Möglichkeit nicht; noch mehr, es ist bei dieser Annahme ziemlich unerklärlich, wie die Proculianer dazu kommen konnten, das *legatum per praeceptionem* vielfach als Vindicationslegat zu betrachten. Auch glaube ich nicht, dass ausser fiduciierten Sachen auch Geld, welches sich nicht in der Erbschaft vorfindet, mittelst eines eigentlichen Präceptionslegates habe vermacht werden dürfen (s. Mayer, a. a. O. Anm. 7.). Die bei *Paull. R. S. III. 6.* §. *1.* und in *L. 25.* §. *22. D. fam. erc. 10. 2.* berührte Streitfrage scheint mir vielmehr auf ein in Folge des *Sc. Neronianum* gültiges, als ein *iure ciuili* rechtsbeständiges Vermächtniss zu deuten, und dass das *ueluti* (*Gai. II.* §. *220.*) keinesweges überall einen beispielsweisen Fall anführt, darüber vgl. v. Buchholtz, a. a. O. p. 39. Anm. 28. und die dort Citierten. —

[12]) Gewöhnlich lehrt man, die Proculianer hätten das Präceptionslegat schlechthin für ein Vindicationslegat erklärt, so Marezoll, a. a. O. p. 115. Puchta, a. a. O. p. 293. v. Buchholtz, a. a. O. p. 40f. u. A. m. Die Richtigkeit der im Texte aufgestellten Meinung ergiebt sich schon daraus, dass die Proculianer, ohne sich deshalb auf das *Sc. Neronianum* zu berufen, dem Erben das *familiae erciscundae iudicium* wegen Sachen zugestehen, die der Testator nur *in bonis* hatte, s. auch Mayer, a. a. O. p. 13.

Bedeutung des Vindicationslegates bei, so dass auch Jemand, der nicht Erbe war (. . . *superuacuo adiecta prae syllaba . . . ib.* §. *221.*), ihrer Meinung nach damit honoriert werden durfte, und der Erbe die dem Testator *ex iure Quiritium* zugehörigen Sachen statt mit der *actio familiae erciscundae* mit der *rei uindicatio* einfordern sollte[13]) (*ib.* §. *222.*). Durch eine Verordnung Hadrian's wurde der Streit zu Gunsten der Proculianer entschieden, und, wie es scheint, hat auch die spätere Praxis sich ihrer Auffassung zugeneigt[14]). *d*) Das *sinendi modo legatum*[15]). Zur Zeit der klassischen Juristen wurde dasselbe in folgender Weise errichtet: „*Heres meus damnas esto*[16]), *sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere*“ (*Gai. II.* §. *209. Vlp. XXIV.* §. *5.*). Hiernach ist der Erbe einzig verpflichtet, den Vermächtnissnehmer gewähren zu lassen (*sinere, Gai. II.* §. *214.*)[17]), nicht

[13]) Es ist unmöglich, dem Legatar eine Sache, die er schon *ex iure Quiritium* hat, zu adjudicieren, und doch könnte das *officium* des *iudex familiae erciscundae* hier in nichts Anderem bestehen. Vgl. *L. 22.* §. *1. D. fam. erc. 10. 2.* (wobei man aber nicht nothwendig, wie Buchholtz, a. a. O. p. 336. Anm. 31., an eine untheilbare Sache denken muss). *L. 67. pr. D. de leg. I. 30.*

[14]) Dafür spricht *Vlp. XXIV.* §. *11.* (s. oben Anm. 11.), vgl. auch *L. 12. C. de legat. VI. 37.*, obschon hier „*uindicare*“ möglicher Weise ohne Rücksicht auf die Klage gesetzt sein kann, mittelst deren das Vermächtniss geltend gemacht wird, wogegen in dem Westgothischen Gaius (II. 5. §. 7.) die Ansicht der Sabinianer festgehalten ist; s. überhaupt Marezoll, a. a. O. p. 115. v. Buchholtz, a. a. O. p. 46 ff. Mayer, a. a. O. Anm. 7.

[15]) S. *Gaius II.* §. *209—215. Gai. epit. II. 5.* §. *6. Theoph. l. l.* Marezoll, a. a. O. p. 97—114. Puchta, a. a. O. p. 292 f. Mayer, a. a. O. §. 4.

[16]) Das „*damnas esto*“, obschon es im Westgothischen Gaius fehlt (*Ille heres meus rem illam illum permitte praesumere et sibi habere*), scheint für das *sinendi modo legatum* durchaus typisch, diess also eine blosse Nebenform des Damnationslegates gewesen zu sein. Vgl. *L. 30.* §. *1. D. de leg. III. 32. L. 2. D. de annuis 33. 1. L. 14. D. de usu leg. 33. 2.*

[17]) Die Meinung, welche nach Gaius, a. a. O. §. 213., die seiner Zeit herrschende, und wonach der Erbe zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, ist offenbar nur in Folge einer Rückwirkung des *Sc. Neronianum* entstanden. Das *iure ciuili* eigentlich ungültige Legat durfte nicht vor-

aber zu irgend welchem positiven Handeln verbunden. Daraus folgt erstens, dass der Bedachte aus diesem Legate bloss einen persönlichen Anspruch gegen den Erben, kein dingliches Recht direct an der vermachten Sache erwirbt (*Gai. II. §. 213. Theophil l. l.*)[18]; zweitens, dass lediglich solche Gegenstände dergestalt hinterlassen werden können, welche in dem Augenblicke, wo das Vermächtniss fällig wird, dem Erben gehören, mag er sie nun aus der Erbschaft oder woher sonst bekommen haben (*Gai. II. §. 210. Vlp. XXIV. §. 10.*), mögen sie körperlich oder unkörperlich (*Paull. R. S. III. 6. §. 11. fr. Vat. §. 85.*) sein[19]. Wem dieselben zur Zeit der

---

theilhafter erscheinen, als das mit Beobachtung aller Formen hinterlassene. Auf die Darstellung des Westgothischen Gaius, welche etwa vermuthen liesse, dass die im Texte vertretene und, wie wir glauben, ältere, jedenfalls consequentere Auffassung später wieder die Oberhand erlangte, hat man sicher nicht viel zu geben.

[18]) Die Klage ist die *incerti condictio*, da es sich hier um ein *non facere* handelt, *cf. L. 75. §. 7. D. de V. O. 45. 1.* Nach der Theorie, welche den Erben zu einem *mancipare, in iure cedere* u. s. w. verpflichtet hält, war es jedoch nothwendig, dem Vermächtnissnehmer unter Umständen die *condictio certi* zuzugestehen. Manche geben sogar die Vindication wegen *Gai. epit. l. l.* (*in quo legato non quidem heres legatario rem ... iubetur tradere, sed uindicante legatario non permittitur prohibere*), allein *uindicare* ist dort nicht im eigentlich technischen Sinne zu verstehen, sondern heisst allgemein „in Anspruch nehmen“. Hätte diese Ansicht nun schon bei dem widersprechenden Zeugnisse des Theophilus überhaupt nicht entstehen sollen, so verlor sie mit der Auffindung des ächten Gaius allen Boden. Dennoch hat sie einen neuen Vertheidiger an Marezoll (a. a. O. p. 107 ff.) gefunden. Er behauptet, die Vindication sei für den Legatar neben der auf das „*non prohibere*“ gerichteten persönlichen Klage (a. a. O. p. 111.) begründet gewesen, und leitet diess ab aus den in der Formel des *sinendi modo legatum* vorkommenden Worten „*sumere sibique habere*“, in denen er das characteristische Moment des Vindicationslegates erblickt; darnach habe auch hier das Eigenthum an den Vermächtnissgegenständen *ipso iure* von dem Erben auf den Bedachten übergehen müssen, womit *Gai. II. §. 214.* und *Gai. epit. l. l.* durchaus übereinstimmen. Die Deutung des §. 214. ist augenscheinlich völlig verfehlt; ebenso dünkt es uns eine juristische Unmöglichkeit, dass eine nicht zur Erbschaft gehörige Sache *ipso iure* in die Proprietät eines Legatars gelange; vgl. auch oben Anm. 3a.

[19]) Einzelre Anwendungen auf obligatorische Verhältnisse s. in *L. 16.* und *18. D. de lib. leg. 34. 3.* Auch dabei ist natürlich die Beschränkung

Testamentserrichtung zugestanden haben, darauf kommt es nicht an, indem das Legat zunächst nur eine Obligierung des Erben bewirkt (*Gai. II. §. 211.*)[20]). Ebenso erscheint

---

auf Forderungsrechte des Erblassers und des Erben zu machen. S. auch Mayer, a. a. O. Anm. 13. 14.

[20]) S. auch Mayer, a. a. O. Anm. 12. Eben deshalb, glauben wir, kann es einzig gefordert werden, dass dann, wenn das Legat fällig wird, der Erbe die Disposition über dessen Gegenstand habe; *Gai. II.* §. *212.* ist doch wohl bloss von dem *legatum purum* zu interpretieren; jedoch selbst unter dieser Beschränkung steht er immer noch der im Texte geäusserten Ansicht entgegen, statt des Todesmomentes müsste der Augenblick der Erbantretung der entscheidende sein. (Vgl. auch Marezoll, a. a. O. p. 104.) Indessen darf man dabei nicht übersehen, dass die Frage schon unter den Römischen Juristen controvers war, wenn gleich die Majorität sich dafür erklärte, dass die Gültigkeit des Vermächtnisses die Proprietät des Erblassers oder Erben an dessen Gegenstande schon zur Zeit des Todes des ersteren voraussetze, und die Minorität die Rechtsbeständigkeit des Legates für alle Fälle vertheidigt zu haben scheint, in denen das Object später einmal dem Erben zufiel, ohne Unterschied, wann dies geschah. Wir können uns allerdings bei der Dürftigkeit unserer Quellen hinsichtlich dieser Streitfrage und unserer Unkenntniss der von beiden Seiten angezogenen Gründe kein rechtes Urtheil über dieselbe bilden, doch steht unseres Erachtens jedem Versuche, den *dies legati cedens* als den massgebenden Zeitpunkt zu betrachten, und diess würde so ziemlich mit der Ansicht der *plerique* übereinstimmen, stets das entgegen, dass die dem Instituierten gehörigen Gegenstände Sachen des Erben überall erst mit dem Erbantritte werden; ebenso wenig lässt sich aber ein Fortbestehen der einmal werthlos gewordenen Obligation (vgl. Unterholzner, Schuldverhältn. §. 244.) annehmen wegen der blossen Hoffnung, dass sich noch durch einen etwaigen Eigenthumserwerb von Seiten des Erben ein Inhalt für sie finde. So bleibt kaum etwas Anderes übrig, als den Augenblick der Fälligkeit für entscheidend zu halten, wobei man nur eine Ausnahme hinsichtlich der betagten Vermächtnisse machen muss, und nicht vergessen darf, dass *ante hereditatem aditam* ein *dare facere oportere* noch gar nicht besteht. — Wir haben der obigen Ausführung im Widerspruche mit manchen Aelteren (s. z. B. Marezoll, a. a. O. p. 104.) die handschriftliche Lesart „*inutile*“, nicht Göschen's Conjectur „*non inutile*“ im §. 212. zu Grunde gelegt, für welche letztere kein irgend erheblicher Umstand sprechen möchte, denn dass im Westgothischen Gaius auch die *res aliena* als Object des *sinendi modo legatum* genannt wird, ist vielleicht Folge einer Verwechselung mit dem Damnationslegate, soll vielleicht aber auch nur so viel sagen, dass der Erbe nicht das Recht habe, sich der Inanspruchnahme einer vermachten fremden, aber im Nachlasse befindlichen Sache zu widersetzen.

es gleichgültig, ob die betreffenden Objecte seiner Disposition nach *ius ciuile* oder bloss nach *ius gentium* unterliegen. —

Eine durchgreifende Veränderung erlitt der bisher dargestellte Rechtszustand durch ein *senatusconsultum Neronianum*[21]). Darnach sollten alle Vermächtnisse, welche deshalb beanstandet werden mussten, weil bei ihrer Anordnung in der Auswahl der passenden Formel gefehlt war[22]), als *legata per damnationem relicta* aufrecht erhalten werden, sofern sie in dieser Form von Anfang an hätten gültig hinterlassen werden können[23]). — So geschah der erste Schritt zur Ausgleichung der verschiedenen Vermächtnissarten auf dem Boden des Civilrechtes, und eine natürliche Folge davon war, dass die einzelnen Legatsformeln, was allerdings mitunter wohl schon früher vorgekommen sein mochte, nunmehr willkürlich gehäuft und mit einander verschmolzen zu werden pflegten[24]).

---

[21]) *Gai. II.* §. *197. 198. 212. 218. 220. 222. Vlp. XXIV.* §. *11a. fr. Vat.* §. *85.* Mayer, a. a. O. §. 5. *Rudorff, Röm. R.-Gesch. Bd. I. p. 113 f.*

[22]) S. *Vlp. XXIV.* §. *11a.* „... *Senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut, quod minus pactis uerbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset; optimum autem ius legati per damnationem est.*" *cf. Gai. II.* §. *198. 218.* Daher ist nun in *L. 84.* §. *13. D. de leg. I. 30.* von einer Wahl die Rede, welche der Legatar zwischen der Vindication und einer *actio in personam* habe; er muss sich eben entscheiden, ob er es als ein *iure ciuili* gültiges oder ein durch den Neronianischen Senatsschluss aufrecht erhaltenes in Anspruch nehmen will, wobei natürlich nicht sein persönliches Belieben, sondern die jedesmaligen Umstände, unter denen es hinterlassen wurde, den Ausschlag geben müssen. Schon Marezoll, a. a. O. p. 89., geht darin zu weit; jedes gültige Vindicationslegat, meint er, habe ohne Weiteres auch als Damnationslegat geltend gemacht werden können.

[23]) Instructiv ist in dieser Hinsicht besonders die bei Gaius (II. §. 218.) berichtete Controverse, ob ein einem *extraneus* ausgesetztes Präceptionslegat durch das Senatusconsult convalesciere, oder nicht.

[24]) So ist das Vindications- mit dem Damnationslegate verbunden in *L. 12.* §. *43. D. de instruct. 33. 7. L. 28.* §. *2. D. de lib. leg. 34. 3. L. 89. D. de cond. et dem. 35. 1.*, im Testamente des Dasumius, Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. XII. p. 389., ferner mit dem Präceptionslegate in den oben p. 110. angeführten Stellen. Vgl. Mayer, a. a. O. Anm. 3.

Neben dem solennen Legate gestattete das Römische Recht nun 2) eine formlose Anordnung von Vermächtnissen, das Fideicommiss[25]). Schon zur Zeit der Republik hatte mitunter ein Erblasser seinen Erben im unbedingten Vertrauen auf dessen Redlichkeit (daher *fidei committere*) einfach gebeten, gewisse Dinge aus der Erbschaft oder diese selbst an Dritte herauszugeben, und Sitte und Anstand es gefordert, wo nicht besondere Gründe dem entgegenstanden, jener Bitte nachzukommen (*Cic. de finib. II. c. 17. 18. Val. Max. IV. 2. §. 7.*), aber erst nach dem durch die Autorität von Trebatius und Labeo unterstützten Vorgange August's bildete sich aus den Fideicommissen ein eigentliches Rechtsinstitut heraus (*Pr. I. de codicill. II. 25. §. 1. 12. I. de fideic. hered. II. 23.*), welches indessen immer einer viel freieren Beurtheilung unterlag, als die streng rechtlichen Legate, selbst nachdem eine grosse Zahl von ursprünglich bloss für die letzteren geltenden Regeln allmälig auch auf die Fideicommisse ausgedehnt worden waren[26]). Schon hinsichtlich der Form der Anordnung hatte die Willkür hier einen viel grösseren Spielraum; so war es gleichgültig, ob sich der Erblasser dabei der Lateinischen oder welcher anderen Sprache bediente (*Gai. II. §. 289. Vlp. XXV. §. 9. L. 11. pr. D. de leg. II. 31.*), ob er den Belasteten direct anredete[27]), oder seine Ver-

[25]) Vgl. *Gai. II. §. 246—267. Vlp. XXV. Paull. R. S. IV. Tit. I. Inst. II. 24. De singulis rebus per fideicommissum relictis. II. 25. De codicillis. Cod. VI. 42. De fideicommissis.* Marezoll, a. a. O. p. 116 ff. Puchta, a. a. O. §. 322. Mayer, a. a. O. §. 1. 7 ff.

[26]) So konnten Peregrinen, *incapaces*, *incertae personae* wohl mit Fideicommissen, aber nicht mit Legaten honoriert werden, das *fideicommissum poenae nomine relictum* war gültig u. dgl. mehr, s. *Gai. II. §. 284* bis *288;* es wird von diesem Detail je am gehörigen Orte weiter die Rede sein.

[27]) So finden sich in den Quellen folgende Redewendungen „*Cupio des*“, „*opto des*“, „*exigo*“, „*desidero uti des*“, „*credo te daturum*“, „*scio te daturum*“, oder „*curaturum*“ u. s. w. *L. 115. L. 118. D. de leg. I. 30.; L. 19. §. 1. D. de annuis. 33. 1.* „*a te praestari uolo*“ *L. 34. §. 3. D. de leg. III. 32.* „*te Titi rogo, ut*“ *L. 109. §. 14. D. de leg. I.* „*te rogo Sei, fideique tuae mando*“ *L. 123. §. 1. D. eod.;* „*praestabitis*“ *L. 5. D. de alim. leg. 34. 1.;* vgl. überhaupt *Brissonius, de formulis Lib. VII. p. 668 sq. ed. Mogunt. 1649.*

fügung durchaus objectiv hielt[28]), oder endlich, ob er sich damit an den Bedachten wendete[29]); ja, es bedurfte dazu nicht überall ausdrücklicher Willenserklärung (sog. *fideicommissum tacitum*)[30]), sogar nicht einmal des Wortes; das blosse Zeichen konnte unter Umständen genügen[31]). Nur

---

[28]) Es werden uns hier eine Menge der verschiedensten, eine Anweisung enthaltenden Ausdrücke als üblich mitgetheilt, so *rogo, peto, uolo, mando, deprecor, cupio, iniungo, desidero, impero, fidei committo.* s. *Gai. II. §. 249. Vlp. XXV. §. 2. Paull. R. S. IV. 1. §. 6; §. 3. I. de sing. reb. per fideic. II. 24.* Besonders häufig findet sich in den Quellen *„dari uolo"*, s. z. B. *L. 96. pr. D. de leg. I. „concedi uolo"* vgl. *L. 77. §. 20. D. de leg. II. „peti nolo"* wie *L. 22. De de lib. leg. 34. 3. „fidei heredum meorum committo"* u. a. *L. 77. §. 11. D. de leg. II. „quisquis mihi heres erit, fidei eius committo" L. 16. D. de aur. arg. 34. 2. al.* Desgleichen kamen entsprechende Griechische Worte, so das anfänglich beanstandete ἐνορκῶ *L. 2. C. comm. de leg. VI. 43,* oft und zahlreich genug vor. Alle bisher durchgemusterten Redewendungen stimmen darin überein, dass sie sämmtlich *uerba precatiua* sind, wie denn auch *Vlp. XXV. §. 1.* geradezu von dem Fideicommisse sagt *„non ciuilibus uerbis, sed precatiue relinquitur"*. Streit scheint dagegen gewesen zu sein hinsichtlich solcher Ausdrücke, die augenscheinlich eine directe Disposition enthalten, ohne doch zu den eigentlichen Legatsformeln zu gehören. So erklärt Paullus (*R. S. IV. 1. §. 6.*) *„relinquo"* für unzulässig, während Scävola in *L. 20. §. 7. D. de instruct. 33. 7.* und *L. 78. §. 8. D. ad Sc. Treb. 36. 1.* durchaus keinen Anstoss daran nimmt, vgl. auch *L. 28. §. 2. D. de lib. leg. „dono"*, wo freilich die allgemeine Clausel am Schlusse des Testamentes noch unterstützend hinzutritt. *L. 75. pr. D. de leg. II. 31.* S. noch Schulting, *Iurispr. Anteiust. ad Paull. l. c.* Wie nun schon in der Zulassung derartiger Fideicommissanordnungen eine Annäherung an die Legate liegt, so tritt in der Verbindung von *uerba precatiua* mit den Legatsformeln dieselbe Neigung zu einer Verschmelzung beider Vermächtnissarten zu Tage, vgl. *L. 95. D. de leg. III. 32. „damnas esto dare, fideique eius committo" cf. L. 28. §. 2. D. de lib. leg. L. 30. §. 4. D. de adim. 34. 4. „do lego darique eis uolo". L. 36. pr. D. de cond. et dem. 35. 1.* vgl. Mayer, a. a. O. p. 19. Anm. 3.

[29]) S. *Paull. R. S. IV. 1. §. 5. „Qui fideicommissum relinquit, etiam cum eo, cui relinquit, loqui potest, uelut, peto, Cai Sei, contentus sis illa re, aut, uolo tibi illud praestari." L. 75. pr. D. de leg. II. 31.*

[30]) S. *L. 114. §. 14. D. de leg. I.* Neuner, Die *heredis institutio ex re certa*, p. 64 ff. unten §. 29. §. 81.

[31]) *Gai. II. §. 269. Vlp. XXV. §. 3. „Etiam nutu relinquere fideicommissum, usu receptum est." L. 21. pr. D. de leg. III. 32. L. 22. C. de fideic. VI. 42.*

muss der Verstorbene wirklich einen bestimmten Willen oder Wunsch den betreffenden Personen zur Nachachtung kund gegeben haben; er darf sich nicht in so allgemeinen Ausdrücken bewegen, dass die Absicht, ein besonderes Rechtsverhältniss zu begründen, daraus nicht mehr mit Sicherheit erkannt werden kann [32]). — Das Fideicommiss wird ferner im Unterschiede von dem Legate auch in unbestätigten (*Gai. II. §. 270a. Vlp. XXV. §. 8. Paull. R. S. IV. 1. §. 10. Gai. epit. II. 7. §. 8.*) und Intestatcodicillen (*§. 1. I. de codicill. II. 25. L. 3. pr. D. de iur. codic. 29. 7.*), sowie ohne alles Codicill (vgl. z. B. Anm. 31.) wirksam hinterlassen. Zur Leistung desselben ist nicht bloss der testamentarische, sondern ebenso der Intestat-Erbe (*Gai. II. §. 270. Gai. epit. II. 7. §. 8. Vlp. XXV. §. 4. Paull. R. S. IV. 1. §. 3; §. 10. I. de fideic. hered. II. 23. al.*), der Legatar, der mit einem Fideicommiss Bedachte (*Gai. II. §. 271.*), sowie überhaupt Jeder verbunden, dem durch den Willen des Erblassers bei seinem Tode ein Vermögensvortheil zufällt (*L. 1. §. 6. D. de leg. III. 32. L. 9. C. de fideic. VI. 42. L. 96. §. 4. D. de leg. I. 30.*) [33]). — In Bezug auf den Gegenstand des Vermächtnisses gilt hier genau das Nämliche wie für das *legatum per damnationem* (*Gai. II. p. 261. Vlp. XXV. §. 5. Paull. R. S. IV. 1. §. 7; §. 1. I. de sing. reb. per fideic. II. 24. L. 25. C. de fideic. VI. 42.*), indem der Anspruch des Honorierten nie in einem dinglichen Rechte, sondern stets in einer persönlichen Forderung gegen den Belasteten besteht (*Paull. R. S. IV. 1. §. 18.*) [34]). Diese Obligation wurde durchaus nach der *bona fides* beurtheilt [35]); um sie gerichtlich zu verfolgen gab

---

32) Diess gilt z. B. von dem Worte *commendo*. S. *Paull. R. S. IV. 1. §. 6. L. 11. §. 2. D. de leg. III. 32. cf. L. 68. §. 1. D. eod. L. 5. D. de alim. 34. 1. L. 78. §. 8. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 41. §. 6. D. de fideic. lib. 40. 5.*

33) Das Nähere s. unten §. 66.

34) *Ius omne fideicommissi non in uindicatione, sed in petitione consistit.*

35) *Vlp. XXV. §. 1.* „— *nec ex rigore iuris ciuilis proficiscitur, sed ex uoluntate datur relinquentis.*“ *§. 3. I. de leg. II. 20.* „*Quum enim antiquitatem inuenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex uoluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem . . .*“

es keine *formula*, sondern die Sache wurde im Wege der *extraordinaria cognitio* vor dem Consul oder *praetor fideicommissarius* in Rom, in den Provinzen, vor dem *praeses prouinciae* verhandelt (*Gai. II. §. 278. Vlp. XXV. §. 12. cf. §. 1. I. de fideic. hered. II. 23. L. 2. §. 32. D. de O. I. 1. 2. L. 178. §. 2. D. de V. S. 50. 16. al.*). — Von hervorragender Wichtigkeit unter den Fideicommissen ist das Universalfideicommiss, vermöge dessen der Belastete gehalten ist, die Erbschaft ganz oder zum Theile an einen Anderen herauszugeben (vgl. unten §. 81.). Der zur Restitution verpflichtete Erbe heisst hier *heres fiduciarius* (*L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Iauol.*), der, an den die Restitution erfolgen soll, *heres fideicommissarius*, wie ihn die Neueren[36]) oder bloss *fideicommissarius*, wie die Quellen ihn regelmässig nennen[37]), Universalfideicommissar, *uniuersitatis f.*, *generalis f.*, (*L. 8. C. ad Sc. Treb. VI. 49.*). Ebenso wird aber auch der mit dem Fideicommiss einer einzelnen Sache bedachte Singularfideicommissar durch den Ausdruck *fideicommissarius* (s. z. B. *L. 9. pr. D. usufr. quemadm. cau. 7. 9. L. 8. pr. L. 11. §. 6. 13. D. de leg. III.*) allenfalls *specialis f.* (*L. 8. C. cit.*) bezeichnet. —

Während bis dahin die Anordnung von Legaten immer nur unter Anwendung bestimmter Wortformeln möglich gewesen war, sollte nach einer Verfügung Constantin's und seiner Söhne[37a])

---

[36]) S. z. B. Arndts Pand. §. 580. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Bd. III. §. 426. p. 171. Seuffert, Pand. §. 516.

[37]) Es ist durchaus überflüssig, besondere Quellencitate dafür namhaft zu machen. Der Digestentitel *ad Sc. Trebell. 36. 1.* bietet Beispiele in jedem einzelnen Fragmente.

[37a]) Dies *L. 21. C. de legat.* ist wahrscheinlich mit *L. 9. C. qui admitt. VI. 9.* und *L. 15. C. de testam. VI. 23.* zu verbinden, wofür theils die gleiche Datierung (*Dat. Kal. Febr. Laodiceae*), theils der analoge Inhalt, die Beseitigung der bis dahin nothwendigen Formalitäten bei der *agnitio bonorum possessionis* (vgl. §. 7. p. 99 f.) und der für die Erbeseinsetzung und die Errichtung von Legaten gebotenen Wortformeln, spricht. Vgl. *Iac. Gothofredus. Chronolog. Cod. Theod. p. XL. XLI. Herrmann, ad Cod. Iust. L. 21. cit. p. 412. not. b.* u. *ad L. 9. cit. p. 377. not. 29.* Mayer, a. a. O. §. 6. Anm. 3. Darüber, dass *L. 15. C. cit.* zuerst von Constantin erlassen, dann von seinen

(*L. 21. C. de legat. VI. 37.*)[38]) der Testator von deren Beobachtung völlig entbunden sein, und auf die Redeweise, in der er seinen Willen ausgesprochen hatte, nichts mehr ankommen. Damit wurden allerdings die inneren Unterschiede der Legatsarten unter sich und die zwischen Legaten und Fideicommissen keinesweges aufgehoben[39]). Auch durften Legate nach wie vor bloss in einem Testamente oder testamentarisch bestätigten Codicille hinterlassen, und einzig der Erbe damit belastet werden; was in unbestätigten, in Intestatcodicillen u. s. w. Jemandem ausgesetzt, oder von einem Nichterben zu leisten war, konnte lediglich als Fideicommiss Geltung haben. Wo ferner die alten Legatsformeln in gehöriger Weise gebraucht waren, hatten sie ohne Zweifel noch die frühere Wirkung, und umgekehrt, wo der Testator unzweideutig die Absicht zu erkennen gab, seinem Erben nur eine fideicommissarische Verbindlichkeit aufzuerlegen, musste dem nothwendig Statt gegeben werden. Es fehlte also gewiss nicht an Anlässen, wo jene Verschiedenheiten sich auch thatsächlich bedeutsam zeigten[40]). Dennoch lässt sich nicht läugnen, dass die Verschmelzung aller Vermächt-

---

Söhnen republiciert ist, s. Bachofen, Ausgew. Lehren. Bonn 1848. p. 288—291.

[38]) *Imp. Constantius A. ad populum. — In legatis uel fideicommissis uerborum necessaria non sit obseruantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem uoluntatem uerborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit. Dat. Kal. Februar. Laodiceae. Constantio II. et Constante Conss.* (*339.*) vgl. Marezoll, a. a. O. p. 247—250. Puchta, a. a. O. §. 323. p. 303 ff. Mayer, a. a. O. §. 6.

[39]) Diess beweist namentlich *L. 1. C. comm. de leg. VI. 43.*, wo Justinian die Legatsarten, wenn auch als nicht mehr gebräuchlich, so doch als juristisch noch nicht aufgehoben darstellt, — „*quis uel uindicationis, uel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudauit.*“ Erst in dieser Constitution werden dann alle jene Unterschiede, sowie die zwischen Legaten und Fideicommissen beseitigt. „*Rectius igitur esse censemus . . . omnibus . . . tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere.*“ *Cf. Gl. ad L. 21. C. cit. uerb. nihil.*

[40]) Vgl. Marezoll, a. a. O. p. 247 ff. Puchta, a. a. O. p. 303 f. Mayer, a. a. O. Anm. 6. 7.

nissarten durch diese Neuerung wesentlich gefördert wurde. Sobald es nämlich an äusseren Anhaltspunkten gebrach[41]), sich für eine der vier Legatsarten zu entscheiden, oder zwischen der Annahme eines Legates oder Fideicommisses zu wählen, lag das Bestreben, auch in der practischen Behandlung die characteristischen Merkmale derselben so wenig als irgend thunlich hervortreten zu lassen, zu nahe, als dass man diesen Ausweg nicht hätte benutzen sollen[42]). Wie sich dabei Alles im Detail gestellt hat, darüber vermögen wir uns bei dem Mangel quellenmässiger Nachrichten für die Zwischenzeit freilich kein recht klares Bild zu machen[43]). — Auf der anderen Seite waren in dieser Periode die Fideicommisse einer äusserlich strengeren Behandlung unterworfen und dadurch den Legaten näher gerückt worden, indem Codicille

---

[41]) Dergleichen aufzufinden wurde namentlich dadurch noch erschwert, dass Theodosius II. in *Nov. Theod. XVI.* §. *8.* (*ed. Haenel*) Legate auch in Griechischer Sprache anzuordnen gestattete. „*Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut quoniam Graece iam testari concessum est, legata quoque ac directas libertates, tutores etiam, Graecis uerbis liceat in testamentis relinquere, ut ita uel legata relicta uel libertates directae tutoresue dati uideantur, ac si legitimis uerbis ea testator dari, fieri obseruarique iussisset.*“

[42]) Vgl. v. Löhr in seinem Magazin Bd. IV. p. 85. 86. Marezoll, a. a. O. p. 251.

[43]) Daher auch die Streitfrage über die Tragweite der *L. 21. C. cit.* Nach Marezoll, a. a. O. p. 248 f., würde sie sich darauf beschränken, „dass sowohl bei Legaten als Fideicommissen die bisherigen gesetzlich vorgeschriebenen, oder herkömmlichen Wortformeln der Anordnung nicht mehr wesentlich sein sollten“, wobei jedoch an dem Unterschiede der *uerba directa* und *precatiua* noch festgehalten wäre. Dagegen meinen Puchta und Mayer, a. a. O., wie schon die Glosse (*Gl. ad L. 21. C. cit. u. nihil*), es habe auch darauf nichts mehr ankommen sollen, ob sich der Testator befehlend oder bittweise geäussert. Hierfür spricht freilich die Analogie der *L. 15. C. de testam. VI. 23.* Auf der anderen Seite ist aber nicht zu übersehen, dass der Wortlaut der *L. 21. C. cit.* unbedingt zu weit ist, indem man darnach annehmen müsste, selbst das sei fortan gleichgültig, ob der Testator Lateinisch oder Griechisch redete, s. jedoch Anm. 41. Jedenfalls ist es zu viel behauptet, wenn Puchta, Vorl. Bd. II. p. 303., sagt, consequenter Weise hätte schon in *L. 21. C. cit.* die gänzliche Verschmelzung von Legaten und Fideicommissen ausgesprochen werden sollen.

und andere letztwillige Verfügungen nicht mehr wie ehemals formlos, sondern nur unter Zuziehung von wenigstens fünf Zeugen errichtet werden durften (*L. 1. L. 7. §. 2. C. Th. de testam. et cod. IV. 4.* vgl. unten §. 73.). —

In diese ziemlich schwankenden Verhältnisse griff nun Justinian neu ordnend ein. Um den letzten Willen des Verstorbenen möglichst zur Ausführung zu bringen[44]), verleiht er in *L. 1. C. comm. de leg. VI. 43.* allen Legatarien wie Fideicommissarien gleicherweise sowohl eine dingliche, wie eine persönliche Klage, und sichert sie noch besonders durch ein gesetzliches Pfandrecht[45]); zugleich verfügt er ausdrücklich die völlige Verschmelzung der Legate mit den Fideicommissen[46]). Etwa anderthalb Jahr später werden

---

[44]) „*Si enim testator ideo legata uel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius uoluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis uoluntati eius satisfiat . . .*" Wir haben also hierin bloss ein dispositives Recht zu erblicken. S. darüber unten §. 77. Vgl. noch §. 2. *I. de legat. II. 20. Theoph. Paraphr. ad h. l.*

[45]) „*Rectius igitur esse censemus . . . omnibus . . . tam legatariis, quam fideicommissariis . . . non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat, easdem res, uel per quodcunque genus legati uel per fideicommissum fuerint derelictae, uindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Seruianam, id est hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare.*" Ueber die Anwendbarkeit der *actio in rem* vgl. unten §. 77. — Die persönliche Klage, welche Justinian den Vermächtnissnehmern hier giebt, ist ohne Zweifel für alle eine und dieselbe, will er doch *omnibus tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere*, und zwar eine *bonae fidei actio*, die *fideicommissi persecutio,* wie er selbst in *Nou. 108. c. 2.* angiebt; vgl. Mayer, a. a. O. §. 7. Anm. 11.

[46]) Die betreffenden Worte s. oben Anm. 39. a. E. Ferner §. 2. *I. de legat.* „*Nostra autem constitutio . . . disposuit, ut omnibus legatis una sit natura.*" §. 3. „*ibid.* „*. . . necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.*" *cf. Theoph. Paraphr. ad h. l.* Es ist allerdings streitig, wie viel an diesen Neuerungen durch *L. 1.*, wie viel durch *L. 2. C. cit.* bewirkt sei. So meint Marezoll, a. a. O. p. 254—256., weder die Unterschiede der einzelnen Legatsarten, noch die zwischen Legaten und Fideicommissen seien durch *L. 1. C. cit.* aufgehoben; nur für die Vermächtnissnehmer habe der Kaiser in dieser

dann die näheren Regeln über diese Vereinigung beider Vermächtnissarten in *L. 2. C. eod.* dahin festgesetzt, dass die günstigeren Rechtssätze von jeder auf die andere übertragen sein, mithin ohne Rücksicht auf die vom Erblasser gewählten Worte jedes Legat zugleich als Fideicommiss, jedes Fideicommiss als Legat gelten, dass endlich, wo die Natur beider in unvereinbarem Widerspruche stehe, die Fideicommisstheorie als die vortheilhaftere den Ausschlag geben solle[47]). Die für

---

Constitution sorgen wollen, indem er ihnen theils verstärkte, theils neue Rechtsmittel zur Verfolgung der Vermächtnisse gewährt habe, ohne dabei auf die Art der Verschaffung irgend welche Rücksicht zu nehmen; dagegen werde die materielle Natur der Vermächtnisse selbst dabei in keiner Weise berührt. Mit Recht wendet Mayer, a. a. O. §. 7. Anm. 3., dawider ein, dass den Legatarien ja keine Berechtigung zustehen könne, die nicht aus der Natur des Legates hervorgehe. Aber auch Mayer's Auffassung ist unhaltbar, sofern er Legate und Fideicommisse noch nach *L. 1. C. cit.* als gesonderte Rechtsinstitute will fortbestehen lassen. Sein eigener gegen Marezoll geltend gemachter Grund schlägt hier auch gegen ihn durch, sagt doch Justinian „*omnibus . . . tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere.*" Völlig unbeweisend ist das Gegenargument, der Kaiser mache zwischen Legaten und Fideicommissen immer noch einen Unterschied, da er sie in *L. 1. cit.* mit verschiedenen Namen belege, und die Personen, welche man mit einem Fideicommisse von denen, welche man mit einem Legate belasten könne, sondere (a. a. O. §. 8. Anm. 4.). Diess erklärt sich einfach aus der Justinianischen Terminologie. (S. d. weitere Ausführung im Texte.) Ein positives Zeugniss für die im Texte aufgestellte Ansicht giebt *Theoph. l. l. §. 3.* „Ἀλλ' οὐδὲ μέχρι τούτων ἡ αὐτὴ διάταξις ἔστη . . ." Denn dass hier von *L. 1. C. cit.* die Rede sei, zeigt die Bezugnahme auf die drei Klagen in §. 2. Zu demselben Resultate führen die entsprechenden Institutionenstellen, wenn man nur das „*sed non ad eam usque constitutionem standum esse existimauimus*" richtig, nämlich von der Verordnung im materiellen, nicht im formellen Sinne interpretiert. Es ist ein entschiedenes Versehen, wenn v. Löhr, a. a. O. p. 88., sich für seine gegentheilige Behauptung gerade auf die Institutionen und Theophilus beruft.

[47]) „*. . . et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fidei committitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur. . . . Vbi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eueniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam . . .*" S. auch

die Fideicommisse bisher vorgeschriebene Form der Anordnung vor fünf Zeugen (*L. 8. §. 3. C. de codicill. VI. 36*[48]). *L. 22. C. de fideic. VI. 42*[49]). *L. ult. C. eod. §. 12. I. de fideic. hered. II. 23.*) ist damit die regelmässige für sämmtliche Vermächtnisse geworden[50]). —

Für dieses neue Institut haben wir in der Justinianischen Terminologie keinen neuen Ausdruck, welcher dasselbe wie das Deutsche „Vermächtniss" vollständig umfasste[51]). Die alten Namen Legat und Fideicommiss werden dort noch in der früher üblichen Weise fortgebraucht, natürlich ohne damit irgend einen reellen Unterschied anzudeuten. Heutzutage spricht man von einem Fideicommisse, wenn das Gut zunächst dem Onerierten zugedacht ist, und erst von diesem, nachdem er es eine Zeit lang behalten hat, an den Vermächtnissnehmer kommen soll; ausserdem redet man von einem Legate[52]). —

---

§. 3. *I. de legat.* (oben Anm. 46.) und *Theoph. Paraph. ad h. l.*, ferner Marezoll, a. a. O. p. 263—272. Mayer, a. a. O. §. 8. Anm. 8—11.

[48]) Vgl. über diese Constitution und das Verhältniss des §. 3. zu *L. 7. §. 2. C. Th. de testam. et cod. IV. 4.* vorläufig noch *Haenel ed. Cod. Theod. ad h. l.* Bachofen, Ausgew. Lehren. p. 316—321. Fein in Glück's Pand.-Comm. Bd. 44. p. 365—390.

[49]) Hier sind die Worte „*adhibitis testibus*" gewiss eine Justinianische Interpolation.

[50]) Hinsichtlich der Controverse, ob *L. 1.* und *2. C. comm. de leg.* sich auch auf die Universalfideicommisse erstrecken, vgl. unten §. 81.

[51]) Die Neueren übersehen meistens, dass die klassischen Juristen wie Javolenus, Julianus, Scaevola, Ulpianus, Paullus, Modestinus u. A. m. einen solchen Ausdruck besassen, sofern von ihnen „*legare, legatum, legatarius*" gar nicht selten in jenem umfassenderen Sinne gesetzt wurde; vgl. z. B. *L. 43. D. de A. E. V. 19. 1. L. 96. pr. D. de leg. I. 30. L. 34. §. 7. L. 41. §. 1. L. 88. §. 7. L. 89. §. 2. D. de leg. II. 31. L. 11. §. 6. 12. 18. L. 34. pr. L. 35. §. 2. L. 41. §. 1. 4. 5. 6. 7. 9. L. 78. §. 1. 3. 6. D. de leg. III. 32. Cuiacius, Recit. sol. in Lib. 5. Quaest. Paul. ad L. 43. cit. vers. fin.* Fein, a. a. O. p. 364 f. Anm. 78. Daraus erklärt sich auch, dass bei Vermächtnissen obligatorischer Rechte so häufig „*lego*" gebraucht ist; s. u. a. *L. 75. §. 2. D. de leg. I. L. 46. D. de leg. II.* vgl. Mayer. a. a. O. §. 5. Anm. 7.

[52]) Vgl. Puchta, Pand. §. 452. Vorl. ebd. Bd. II. p. 303.

Zweiter Abschnitt. Delation des Erbrechtes.

Erstes Kapitel. Intestaterbfolge *).

An systematischer Litteratur über die Intestaterbfolge, welche mit dem *Tractatus de successionibus ab intestato* des Dinus (vgl. v. Savigny, Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. V. p. 458 ff.) beginnt, dem bald Andere wie Cinus, Antonius de Rosellis († 1466), Nicolaus de Ubaldis († 1484), Mathäus Mathesilanus († Ende des 16. Jahrh.) u. s. w. nachfolgten (vgl. z. B. die Zusammenstellung solcher *Tractatus* in den *Tractatus uniuersi iuris Tom. VIII. Pars 1. Venet. 1584. fol. 318—391.*) ist hier ausser den schon bei dem ersten Abschnitte angeführten Werken von Rosshirt und Glück zu nennen:

A. Contius. De hereditatibus et bonorum possessionibus, quae ab intestato deferuntur, liber singularis. O. O. Paris. 1616. p. 279—344.

Ambrosius Schurer. De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur etc. Leipzig 1595. (So viel mir bekannt, der erste Versuch einer gemeinsamen Verarbeitung Römischer und Germanischer Rechtsgrundsätze auf diesem Gebiete.)

Constantinus Capriolus. De successione ab intestato. Theatae 1505. (Doch wohl 1605. Die Druckerlaubniss ist von 1589 datiert, das Buch unter Philipp II. von Spanien geschrieben, *ib. p. 243.*, mit steter Rücksicht auf Italienische, besonders Neapolitanische, und Französische Praxis.)

Val. Forster. De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, libri nouem. Francof. 1615.

Ranchinus. Tractatus de successione ab intestato. in *Meerman. Thes. Tom. III. p. 194—234.*

---

*) Ueber das Verhältniss der Intestaterbfolge zur testamentarischen s. oben §. 5. bei Anm. 16. Was das Wort „*intestatus*" anlangt, so bedeutet es im eigentlichen Sinne den, der ein Testament machen konnte, aber ohne ein solches zu errichten verstorben ist, wird jedoch auch übertragen von demjenigen gebraucht, der überhaupt unfähig war, zu testieren,

Ch. Ph. Richter. Tractatus de iure et ordine successionis ab intestato. Ed. III. Ienae 1657. (Wichtig wegen der vielen mitgetheilten Präjudicien.)

S. Stryk. Tractatus de successione ab intestato. Ed. VI. Francof. ad Viadr. 1733.

I. B. Ferrarius. De successione ab intestato. Neap. 1736.

J. H. Hermann. Unterricht von der Erbfolge *ab intestato.* Jena 1736. (Eine neue Ueberarbeitung der Richter'schen Schrift.)

J. W. H. Ludolf, Systematische Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge nach Römischen und heutigen Rechten. Halle 1794.

H. C. Th. Dischbein. De successione ab intestato. Diss. inaug. Lugd. Bat. 1810. 4to. 163 pag. (unbedeutend.)

Arndts Artikel „Intestaterbfolge" in Weiske's Rechtslexicon. Bd. V, p. 668—700; endlich

*Donelli. Comm. iur. ciu. Lib. IX. cap. 1—4.***)

Die Quellen werden bei den einzelnen Materien besonders angegeben.

§. 9. Successionsgründe.

Die Berufung des Erben durch das Gesetz ist dadurch bedingt, dass zur Zeit derselben gewisse im Gesetze näher bestimmte Eigenschaften bei dem zu Berufenden vorhanden sind. Diese Eigenschaften heissen Successionsgründe. Ihrer giebt es zwei: Verwandtschaft und Ehe[1]).

---

von dem, dessen Testament erst nach seinem Tode ungültig oder hinfällig geworden ist, und von dem in der Kriegsgefangenschaft Umgekommenen, der nicht vorher in der Heimath testiert hat, wo sein letzter Wille dann mittelst der *fictio legis Corneliae* bei Kräften geblieben sein würde. *L. 1. pr. D. de suis et legit. 38. 16. cf. Sen. de benef. IV. 11. §. 6. Collat. Tit. XVI. c. 3. §. 1. 2.; pr. I. de hered. q. ab int. III. 1. Theoph. ad h. l. L. 1. §. 8. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 1. §. 1. D. quis ordo 38. 15. L. 17. C. de collat. VI. 20.* Rosshirt, a. a. O. p. 140. 141. — Hinsichtlich der einzelnen Fälle der hier zur Sprache kommenden Ungültigkeit vgl. Glück, a. a. O. §. 9. und unten §. 39. 40. Da nach jetzigem gemeinen Rechte auch Erbverträge gestattet sind, setzt der Eintritt der Intestaterbfolge nicht bloss voraus, dass kein gültiges Testament vorhanden, sondern ferner, dass kein Erbvertrag über die gesammte Erbschaft abgeschlossen sei. Vgl. Glück, a. a. O. p. 37. oben §. 5. Anm. 38. Der Name passt also nicht mehr genau.

**) Vgl. Glück, a. a. O. §. 7 und p. XVI. Hunger, a. a. O. vor §. 105. Böcking, Grundriss, p. 284.

[1]) Im Justinianischen Rechte bildete das Patronatsverhältniss noch einen besonderen Successionsgrund. Da diess Institut nicht nur im heutigen Rechte vollständig verschwunden, sondern auch ohne allen

§. 10. **Verwandtschaft.**

Die Verwandtschaft ist gegenwärtig bei weitem der wichtigste Successionsgrund für die Intestaterbfolge. Wir haben hier indessen die uneheliche und Adoptivverwandtschaft von unserer Besprechung vorläufig noch auszuscheiden; von ihnen wird später (§. 11. 12.) besonders die Rede sein. Das Römische Civilrecht[1]) knüpfte die Intestaterbfolge ursprünglich einzig an die Agnation, d. h. an die Zugehörigkeit zu derselben bürgerlichen Familie. Unter der Herrschaft dieses Grundprincipes wurden drei verschiedene Klassen von civilen Intestaterbberechtigten aufgestellt.

1) Die *sui heredes*[2]) (*Vlp. XXVI. §. 1. „Intestatorum ingenuorum*[3]) *hereditates pertinent primum ad suos heredes . . .“*

---

ersichtlichen mittelbaren Einfluss auf dasselbe geblieben ist, so wird es nicht nöthig sein, auf diese schwierige und vielfach bestrittene Materie hier näher einzugehen.

[1]) Vgl. *G. Chr. Gebauer, De successione inter ingenuos iure sanguinis ab intestato ciuili. Exercit. acad. Tom. I. p. 357—380. I. C. Koch, Successio ab intestato ciuilis noua in suas classes methodo redacta. Ed. VIII. Giessae 1798.* vgl. *C. H. Breuning, De origine successionis in causa intestati. Lips. 1753. G. Hugo, Comment. de fundamento successionis ab intestato ex iure Romano antiquo et nouo. Gotting. 1785. I. Schwarzkopf, Comm. de fund. success. ab int. ex iur. Rom. ant. et nou. ib. 1785. C. C. Hofacker, De fundam. success. ab int. ex historia eius deducto. Tubing. 1791.* S. noch *Bynkershoek, Obseru. Lib. II. c. 1. De origine successionis in casu intestati.*

[2]) *Gai. Inst. III. §. 1—8. Vlp. XXVI. §. 1—3. Paull. R. S. IV. 8. §. 4—12. (cf. Collat. Tit. XVI. c. 2. §. 1—8; c. 3. §. 4—12. c. 4. §. 1—3.) Gai. epit. II. 8. pr. — §. 2. Pr. — §. 8. I. de hered. q. ab int. III. 1. Theoph. ad h. l. Tit. Dig. 38. 16. De suis et legitimis heredibus Cod. VI. 55. De suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato uenientibus.* Griesinger, Geschichte und neue Theorie der Suität. Stuttg. 1807. *de Lassberg, Comm. exhibens obseruationes ad ius sui heredis praesertim ratione nepotis. Jenae 1821.* Glück, a. a. O. §. 53—61. Rosshirt, a. a. O. p. 87—99. Hunger, a. a. O. §. 106. Mayer, a. a. O. §. 55.

[3]) In der *Collat. Tit. XVI. c. 4. §. 1.* steht für „*ingenuorum*“, was der Vaticanische Codex hat „*gentiliciorum*“, welches als die ächt Ulpianische Lesart vertheidigt wird von Hugo in seinem civilistischen Magazin Bd. VI. p. 498. und von Lachmann, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. IX. p. 180 ff., s. auch *Boecking, ed. IV. fragm. Vlp. ad h. l.* und *Mommsen,*

Collat. leg. Mos. et Rom. Tit. XVI. c. 2. §. 1. c. 3. §. 3. c. 5. Gai. epit. II. 8. pr.; §. 1. I. de heredit., quae ab int. def. III. 1. Theoph. Paraphr. ad h. l.), d. h. die durch den Tod des *paterfamilias* gewaltfrei werdenden Personen[4]). Wie es scheint, beriefen die XII Tafeln sie nicht einmal ausdrücklich[5]), sondern setzten ihre Succession, da sie sich mit dem Erblasser schon in einem und demselben Hauswesen befinden[6]), als selbstverständlich stillschweigend voraus[7]). — Im Einzelnen

---

De Vlpiani regulis ib. p. 116. A. M. u. A. *Schilling, Diss. critic. de Vlp. fragm. Vratisl. 1824. p. 50 sq.*

[4]) Vgl. Böcking, Pand. §. 50d. Puchta, Instit. III. §. 304. p. 219 u. A. m.

[5]) Man nimmt jetzt wohl ziemlich allgemein an (s. z. B. Hugo. Röm. Rechtsgesch. p. 259. f. Puchta, a. a. O. Arndts, in Weiske's Rechtslex. a. a. O. p. 670.), dass die einzige Stelle der XII Tafeln, welche das Intestaterbrecht der *sui* berührt, die bei *Vlp. XXVI. §. 1.* aufbewahrte sei *„Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.“ cf. Collat. Tit. XVI. c. 4. §. 1. L. 195. §. 1. L. 220. pr. D. de V. S. 50. 16. L. 4. C. de suis et legit. VI. 55.* Daher man denn auch oft die *sui* noch von den *legitimi heredes* unterscheidet, vgl. §. 5. Anm. 1. Demnach ist die Bestimmung der einzelnen Personen, die man zu den *sui heredes* zu rechnen habe, offenbar lediglich durch die Rechtswissenschaft erfolgt, worauf selbst die von den Quellen dabei gebrauchten Ausdrücke deutlich genug hinweisen, so z. B. *Vlp. XXVI. §. 2. „aequum est enim, nepotes in patris sui locum succedere.“ L. 1. §. 4. D. de suis et legit. „quod naturali aequitate contingit.“ Gai. III. §. 8. „Et quia placebat, nepotes neptesue item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere . . .“* Ja, in §. 15. *ibid.* heisst es geradezu *„sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes“* von eben diesem *succedere.* Doch kann es andererseits nicht befremden, wenn an anderen Stellen wie *§. 15. i. f. I. de hered. q. ab. int. III. 1. L. 220. pr. D. cit. L. 3. C. de suis et legit.* gerade der nach Gaius durch *iuris interpretatio* gewonnene Satz über die Succession der Enkel von vorverstorbenen Söhnen direct den XII Tafeln zugeschrieben wird (vgl. Glück, a. a. O. p. 195 ff. *Schrader, Comm. in Inst. p. 416.*), denn *„uerbum: ex legibus, sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex uerbis.“ (L. 6. §. 1. D. de V. S.)*

[6]) Vgl. oben §. 6. Anm. 6. 7.

[7]) Zu weit geht *Trekell, Tract. de origine et progressu testamenti f. cap. III. §. 5. p. 65.*, wenn er annimmt, das Gesetz habe die *sui* gar nicht ausdrücklich berufen dürfen, ohne ihre Eigenschaft als *heredes necessarii* zu zerstören. Dagegen beweist doch wohl der Umstand, dass sie auch *ex testamento* nothwendige Erben werden können.

gehören hierher a) Die bei dem Tode des Erblassers seiner väterlichen Gewalt unterworfenen Hauskinder[8]), und zwar auch die nicht unmittelbar von ihm abstammenden[9]), wenn nur die zwischen ihnen und dem Erblasser in der Mitte stehenden Ascendenten noch bei dessen Lebzeiten verstorben oder sonst aus seiner Gewalt herausgetreten sind[10]), die Kinder also nicht in die *patria potestas* eines derselben zurückfallen[11]). b) Die Descendenten der gedachten Art, welche als Kriegsgefangene bei

---

[8]) *Gai. III. §. 2. „Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerint . . ." cf. II. §. 156. Vlp. XXVI. §. 1. XXII. §. 14. Paull. R. S. IV. 8. §. 4. (Collat. XVI. c. 2. §. 2. c. 3. §. 4. c. 4. §. 1.) c. 5. Gai. epit. II. 8. pr.; §. 2. I. de hered. q. ab int. §. 2. I. de hered. qual. II. 19. L. 1. §. 2. D. de suis et legit.*

[9]) *Gai. l. l. „ueluti filius filiaue, nepos neptisue ex filio, pronepos proneptisue ex nepote filio nato prognatus prognataue ..." Paull. l. l. §. 8. L. 1. §. 5. 6. D. de suis et legit.* — Natürlich ist hier überall nur von Descendenten durch Männer die Rede, da Descendenten durch Weiber gar nicht zur Familie des Erblassers gehören und nicht in dessen *potestas* stehen. *Paull. l. l. §. 10. (Collat. XVI. 3. §. 10.)*

[10]) Wenn man hier der *capitis deminutio* des Austretenden erwähnt, so ist diess wenigstens für das ältere Römische Recht nicht genau, wo, wie bei der Vestalin und dem *flamen Dialis*, die väterliche Gewalt auch ohne *capitis deminutio* bei Lebzeiten des Gewalthabers aufgehoben werden konnte (*Gai. III. §. 114. Gell. Noct. Att. I. c. 12. §. 9. cf. §. 18.*), und damit die Stellung als *suus* für das Kind ganz ebenso wie in dem Falle einer *capitis deminutio* (vgl. *Vlp. XXVII. §. 5. Paull. R. S. IV. 8. §. 12. L. 1. §. 4. L. 11. L. 13. D. de suis et legit.*, s. unten Anm. 44.) verloren gieng. Böcking, a. a. O. §. 58. v.

[11]) *Gai. l. l. uerb. seq. „ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest; idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus." Paull. R. S. IV. 8. §. 8. Collat. Tit. XVI. c. 5. Gai. epit. II. 8. pr. §. 2. I. de hered. q. ab int. III. 1. Theoph. Paraphr. ad h. l.* Fraglich kann es erscheinen, ob die Concurrenz der ferneren mit den näheren *sui* von Anfang an Rechtens gewesen sei, da sowohl bei der agnatischen (s. unten), wie bei der patronatischen (*L. 23. pr. D. de bon. lib. 38. 2.*) Erbfolge unbedingt die Gradesnähe entscheidet; vgl. *Schrader, l. l. p. 416.* — Einen Ausnahmefall von unserer Regel s. in §. 11. Anm. 2.

dem Ableben des Erblassers seiner väterlichen Gewalt nicht untergeben sind, wenn sie aber später heimkehren, vermöge des *ius postliminii* rückwärts auch für jenen Augenblick als seine Hauskinder betrachtet werden müssen [12]). c) Diejenigen *postumi*, welche, falls sie noch während des Lebens des Erblassers geboren wären, in der angegebenen Weise dessen

---

[12]) §. 4. *I. de hered. q. ab int.* „*Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuit, tamen suus heres parenti efficitur, ueluti si ab hostibus quis reuersus fuerit post mortem patris; ius enim postliminii hoc facit.*“ *Paull. R. S. IV. 8.* §. *7. L. 9. C. de postlim. reuers. VIII. 51.* Diess gilt sogar von dem, der noch als *redemtus* verstorben ist. *L. 1.* §. *4. D. de suis et legit. 38. 16.*, wo Hase. Das *ius postliminii* u. s. w. Halle 1851. p. 184 die betreffenden Worte völlig missdeutet. Daher musste denn auch „*propter spem postliminii*“, wenn der Sohn bei dem Tode des Vaters in der feindlichen Gefangenschaft lebte, der Ausgang abgewartet werden, und die ferneren Descendenten durften die Erbschaft jetzt nicht schon in Anspruch nehmen. *L. 1.* §. *4. D. cit.* Hase, a. a. O. p. 127 ff. Umgekehrt, war der Vater in der Kriegsgefangenschaft verstorben, so hatte er zur Todeszeit freilich gleichfalls den Sohn nicht in seiner väterlichen Gewalt; die *lex Cornelia* datierte indessen den Tod auf den Moment der Gefangennehmung zurück, so dass es nunmehr durchaus consequent erschien, den Sohn als *suus* succedieren zu lassen; dennoch erkennen unsere Quellen an, dass man hier bloss uneigentlich von *sui* sprechen könne. *L. 12. D. qui test. fac. 28. 1.* — Nichts Besonderes liegt darin, dass dann, wenn der Vater *iure postliminii* zurückkehrt (wo wir in *L. 15. D. de captiu. 49. 15.* eine einfache Anwendung des schon oben berührten Satzes antreffen, der als *redemtus* vor seiner Auslösuug aus dem Redemtionsverhältnisse Verstorbene sei immer als *statu recepto* verstorben anzusehen) oder der Sohn bei Lebzeiten des Vaters heimkommt, die Suitätsrechte dem Sohne ungeschmälert zustehen; denn alsdann befindet er sich ja im Augenblicke von seines Vaters Tode in dessen *patria potestas.* Dasselbe ist von dem zu sagen, dem durch ein Strafurtheil Freiheit oder Bürgerrecht aberkannt war, dawider aber vollständige *in integrum restitutio* zu Theil wird. *Paull. R. S. IV. 8.* §. *24.* Nur das darf man nicht ohne Weiteres annehmen, dass eine solche Begnadigung, wie das *postliminium* rückwärts habe wirken und dem Restituierten nachträglich noch die inzwischen eröffnete väterliche Erbschaft verschaffen sollen. — Wie diesemnach die Erbverhältnisse der *sui* durch die Gefangennehmung des Erblassers oder des Erben mannigfach modificiert werden konnten, so war dasselbe der Fall in Folge der Kriegsgefangenschaft der zwischen ihnen in der Mitte stehenden Personen. Beispiele der Art s. in *L. 1.* §. *5. 7. D. de suis et legit. L. 9.* §. *2. D. de lib. et post. 28. 2.*

filiifamilias gewesen sein würden[13]). Nach vorjustinianischem Rechte sind ferner hierher zu zählen d) Diejenigen Kinder, welche durch *causae probatio* noch nach dem Tode ihres Vaters das Recht der Suität erlangen können[14]). e) Die Söhne, die nach seinem Hingange *ex prima secundaue mancipatione* freigelassen werden[15]). Endlich f) die *uxor in manu mariti* und zwar nicht bloss dem Ehegatten, bei dem sie Tochterstelle einnimmt, sondern auch den Ascendenten desselben gegenüber, in deren *patria potestas* er sich befindet, wiederum jedoch nur so weit, als ihr dabei keine Mittelspersonen, namentlich nicht der Ehemann selbst zur Todeszeit im Wege stehen[16]).

---

[13]) *Gai. III. §. 4. „Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.“ Vlp. XXII. §. 15. Paull. R. S. IV. 8. §. 7. (Coll. Tit. XVI. c. 2. §. 4. c. 3. §. 7.) Gai. epit. II. 8. §. 1; §. 2. I. de hered. q. ab int. Theoph. ad h. l. L. 4. C. de suis et legit. VI. 55.* — Darüber, dass die XII Tafeln nirgends ausdrücklich *postumi*, also auch nicht die *postumi sui* zur Erbfolge berufen haben, vgl. Glück, a. a. O. p. 198. und die daselbst Anm. 8. Angeführten, sowie oben §. 4. Anm. 3. Wegen der Ableitung des Namens *postumi* (Superlativ zu *posterior*) vgl. Böcking, Pand. §. 50. Anm. 9. Mühlenbruch, Comm. Bd. 36. p. 154. Anm. 44.

[14]) *Gai. III. §. 5. „Idem iuris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia uel ex Senatusconsulto post mortem patris causa probatur; nam et hi uiuo patre causa probata in potestate eius futuri essent.“ Paull. R. S. IV. 8. §. 7.* Es geht diess sowohl auf die *causae probatio filii anniculi* (vgl. *Gai. I. §. 29—32.*), die unmittelbar durch die *lex Aelia Sentia* gestattet war, als auf die verschiedenen Fälle der *erroris causa probatio* (vgl. *Gai. I. §. 67—73.*), welche durch einen späteren Senatsbeschluss nachgelassen wurden; s. noch *Gai. II. §. 142. Vlp. VII. §. 4.*

[15]) *Gai. III. §. 6. „Quod etiam de eo filio, qui ex prima secundaue mancipatione post mortem patris manumittitur, intellegemus.“ Paull. R. S. IV. 8. §. 7. cf. Vlp. XXIII. §. 3. Gai. I. §. 132. II. §. 141.* — Die vier Fälle *b—e* haben das Gemeinsame, dass hier die betreffenden Descendenten im Augenblicke des Todes des Erblassers gar nicht in seiner *patria potestas* stehen und doch seine *sui* sind; hinsichtlich des umgekehrten Falles, dass Kinder bei dem Ableben des Erblassers sich ohne Mittelsperson in dessen väterlicher Gewalt befinden, und doch nicht als *sui* gelten können (*§. 5. I. de hered. q. ab int. III. 1.*), vgl. oben §. 3. Anm. 46. a. E.

[16]) *Gai. III. §. 3. „Vxor quoque, quae in manu eius est, ei sua heres est, quia filiae loco est; item nurus, quae in filii manu est, nam et haec*

Dagegen haben diejenigen, welche *in mancipio* des Erblassers waren, ebenso wenig wie die Sklaven Intestaterbrechte[17]), obschon beide, wenn sie erbten, *heredes necessarii* ihres Gewalthabers wurden[18]). Eine Ausdehnung, welche anfänglich unter den Römischen Juristen allerdings bestritten gewesen zu sein scheint[19]), erlitt der Begriff der *sui* über den obigen Umfang hinaus für den Fall, dass zuerst aus einem Testamente deferiert wurde, diess später zusammenfiel, und nun die Intestaterbfolge eintreten musste; hier wurde die Entscheidung der Frage, ob Jemand unter die *sui* zu rechnen sei, nicht nach dem Augenblicke, in welchem der Erblasser verstorben war, sondern nach dem Momente der eröffneten Intestaterbfolge bemessen, so dass Personen, die in dem ersten Zeitpunkte keine Suitätsansprüche hätten erheben können, wenn die ihnen entgegenstehenden Hindernisse nur in der Zwischenzeit beseitigt waren, nunmehr nichts desto weniger als *sui* zur Erbschaft gelangten[20]). — Unumgängliche

---

neptis loco est; sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu erit, cum pater moritur, in potestate eius non sit; idemque dicemus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.“ cf. II. §. 139. „quasi sua sit.“ §. 159. III. §. 40. Vlp. XXII. §. 14. XXIII. §. 3. XXIX. §. 1. Gell. Noct. Att. XVIII. 6. §. 9.

17) *Gai. I. §. 123. „e diuerso mancipati mancipataeue seruorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditatem, neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona seruorum.“ II. §. 160. „qui in causa mancipii est, . . . cum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam seruus . . .“*

18) S. oben Anm. 3—5. des §. 6.

19) Dafür spricht namentlich die Art, wie Papinian in *L. 7. pr. D. si tabb. test. null. 38. 6.* die Suitätsqualität fernerer Descendenten durch künstliche Argumentation für diesen Fall vertheidigt, und eben darauf deuten die Worte des Marcellus in *L. 6. pr. D. de iniust. 28. 3. „neque ut suum, neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem uel bonorum possessionem posse admitti.“* S. noch *Cuiacius, Comm. in lib. XXIX. Quaest. Pap. ad L. 7. pr. D. cit. Schrader, Comm. in Inst. ad §. 7. I. de hered. q. ab int. III. 1. p. 417. u. hoc certum est.* unten §. 15. Anm. 8.

20) *§. 7. I. de hered. q. ab int. L. 9. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2. L. 6. pr. D. de iniust. 28. 3. L. 28. i. f. D. de cond. inst. 28. 7. L. 7. pr. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 1. §. 8. D. de suis et legit. 38. 16.*

Voraussetzung auch für diese Klasse von *sui* war es indessen, dass sie mindestens als *nascituri* noch mit dem Erblasser gleichzeitig existiert hatten[21]). — In Ermangelung von *sui heredes* wird 2) der *proximus agnatus*[22]) zur Erbschaft berufen (vgl. oben Anm. 5. *Gai. III.* §. *9. Paull. R. S. IV. 8.* §. *13. [Collat. Tit. XVI. c. 2.* §. *9. c. 3.* §. *13.] c. 6.* §. *1. Gai. epit. II. 8.* §. *3.; Pr. I. de legit. agn. succ. III. 2.*). Bei der Beerbung von Weibern, welche bekanntlich keine

Theoph. Paraphr. ad §. *7. I. cit.* — Allerdings ist das einzige Hinderniss, welches hier in der Zwischenzeit aus dem Wege geräumt werden kann, die Existenz von Mittelspersonen zwischen dem Erblasser und dem nunmehrigen *suus heres;* mit Rücksicht darauf hätte der Text gleich concreter gefasst werden können, wenn nicht in unseren Quellen selbst das Princip wiederholt in der angegebenen Weise aufgestellt und daraus dann die Suität des Enkels als Consequenz abgeleitet würde; s. ausser den obigen Stellen noch *Paull. R. S. IV. 8.* §. *11.* „*Eo tempore suus heres constituendus est, quo certum est, aliquem intestatum decessisse . . .*“ Uebrigens kann es nicht auffallen, wenn trotz der Anerkennung dieses Satzes öfter die Todeszeit als die entscheidende genannt wird, da sie es ja der Regel nach in der That ist. So sind wir denn vollkommen berechtigt, eigentliche und uneigentliche *sui* zu unterscheiden; freilich in ganz anderem Sinne, als es v. Löhr, Archiv f. d. civ. Prax. Bd. II. Abh. 14. p. 198 ff. Schilling, Bemerk. üb. Röm. R.-Gesch. p. 82. und Francke, Notherb.-R. p. 13. thun. Sie verstehen nämlich unter den *sui heredes* im weiteren Sinne alle in der Gewalt des Erblassers befindlichen Personen, sofern sie seine Erben werden. Dem liegt jedoch theils eine Verwechselung mit dem Begriffe der *heredes necessarii* (s. unten §. 45.), theils eine falsche Erklärung von *Vlp. XXII.* §. *14.* zu Grunde, wo der Jurist den Wegfall des *filius* offenbar stillschweigend voraussetzt. Vgl. *de Lassberg, a. a. O.* §. *18 sq.* Mühlenbruch, Comm. Bd. 36. p. 140—143. Wegen *L. 16. D. de lib. et post.* s. unten §. 45.

[21]) S. §. *8. I. de hered. q. ab int. L. 6. pr. D. de iniust. L. 1.* §. *8. D. de suis;* vgl. §. 4. Anm. 2. Hinsichtlich der *sub c.* genannten *postumi* versteht sich diess der Natur der Sache nach von selbst.

[22]) *Gai. III.* §. *9—16. Vlp. XXVI.* §. *4—6. Paull. R. S. IV. 8.* §. *13—22.* (*Collat. Tit. XVI. c. 2.* §. *9—16. c. 3.* §. *13—20.*) *c. 6. c. 7.* §. *1. Tit. Cod. Theod. V. 1. De legitimis hereditatibus. Ed. Theodor. XXIII. Gai. epit. II. 8.* §. *3—6. Leg. Rom. Burgund. Tit. X. De successionibus diuersis* (*ed. Barkow.*) *Tit. Inst. III. 2. De legitima agnatorum successione. Theoph. Paraphr. ad h. t. Tit. Dig. 38. 16. Cod. VI. 55.* (s. oben Anm. 2). *VI. 58. De legitimis heredibus.* Puchta, Instit. Bd. III. §. 304. p. 219 f. Glück, a. a. O. §. 62—66. Rosshirt, a. a. O. §. 8. p. 102—107. Hunger, a. a. O. §. 107. Mayer, a. a. O. §. 56.

sui haben[23]) bilden die Agnaten sogar die erste Erbklasse. Diese sind in Betracht ihres Agnationsverhältnisses immer Seitenverwandte[24]), da alle agnatischen Descendenten zu den *sui* gehören, und kein Erblasser, weil er doch nothwendig gewaltfrei sein muss, agnatische Ascendenten mehr besitzen kann[25]). Den vordersten Platz in dieser Klasse nehmen mithin die *consanguinei* ein[26]), d. h. die agnatischen Geschwister[27]) und die ihnen gleichzuachtenden Personen. Der

---

[23]) *Vlp. XXVI. §. 7. „feminae suos heredes non habent." L. 13. D. de suis et legit. 38. 16. L. 4. §. 2. D. de B. P. C. T. 37. 4. cf. §. 3. I. de hered. qual. et diff. II. 19.*

[24]) Im weiteren Sinne werden allerdings auch die *sui* zu den Agnaten gerechnet, s. z. B. *L. 10. §. 3. D. de gradib. 38. 10. „Proximiores ex agnatis sui dicuntur." L. 12. D. de suis et legit. 38. 16. „Filius patri agnatus proximus est"*; vgl. *Gebauer, l. l. p. 363. not. s.* Glück, a. a. O. p. 48. Anm. 59. p. 214. Anm. 47. Böcking, Pand. §. 50. Anm. 12. und so heissen die *sui* zuweilen *„legitimi heredes"*, s. u. a. *L. 9. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2.*, ferner *L. 7. pr. D. si tabb. test. null. 38. 6. „legitima hereditas" L. 1. §. 8. D. de suis et legit.* vgl. oben §. 5. Anm. 1. und Anm. 5. dieses §. Regelmässig werden indessen wie in der angeführten Stelle der XII Tafeln die Agnaten den *sui* entgegengesetzt.

[25]) Daher konnte Papinian in *L. 7. pr. D. cit.* von dem Enkel sagen *„qui sine dubio non est agnatus"*; vgl. noch *Cuiacius, l. l.* Glück, a. a. O. p. 215. und besonders Arndts, a. a. O. p. 670. 671. — Doch verträgt sich, wie der Text zu Anm. 28. zeigt, agnatische Seitenverwandtschaft mit natürlicher Descendenz sehr wohl.

[26]) *Collat. Tit. XVI. c. 6. §. 1. „Post suos ab intestato legitimi admittuntur, primum consanguinei; ii sunt frater et soror, qui in eiusdem potestate patris fuerunt, etsi ex diuersis matribus nati sunt." (Vlp. Inst.) cf. Vlp. XXVI. §. 1. Paull. R. S. IV. 8. §. 3. 15. L. 1. §. 9. 10. D. de suis et leg.* Hinsichtlich des Vorzuges der Geschwister vor Geschwisterkindern s. noch besonders *Gai. III. §. 15. Paull. R. S. IV. 8. §. 18. (Collat. XVI. c. 2. §. 15. c. 3. §. 18.) Gai. epit. II. 8. §. 6. Leg. Rom. Burgund. Tit. X. u. 38—42. §. 5. I. de legit. agn. succ. L. 3. C. de legit. hered. VI. 58.*

[27]) Dieser Ausdruck ist weiter als der von Paullus (*R. S. IV. 8. §. 15.*) gebrauchte *„qui in potestate fuerunt mortis tempore"*; er umfasst auch diejenigen, welche wie der später heimkehrende Kriegsgefangene und der *ex prima secundaue mancipatione post mortem patris manumissus* zur Zeit des Todes des Vaters nicht in dessen Gewalt, sondern in einer Art von Zwischenzustand sich befinden; desgleichen die Kinder eines Deportierten u. s. w., die durch dessen *capitis deminutio sui iuris* geworden

uxor in manu mariti nämlich, welche als solche *filiae loco* bei ihm ist, und den mit ihr in demselben Familienverbande verbliebenen Kindern ihres Ehemannes gesteht die Römische Jurisprudenz ebenfalls gegenseitige geschwisterliche Rechte zu[28]). Sind keine *consanguinei* vorhanden, so kommen die übrigen Agnaten nach Gradesnähe[29]) und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradzahl[30]) zur Succession. Sind Mehrere gleich nahen Grades da, so erben sie zusammen[31]). Die

---

sind; *L. 4. D. de suis et legit.;* ferner den *postumus* des Vaters, den nach seiner Gefangennahme Geborenen und den, *cuius nomine post mortem patris causa probata est,* welche nie einer väterlichen Gewalt unterworfen waren, und dennoch alle die *iura consanguinitatis* haben; s. noch *Collat. XVI. c. 6. §. 2; §. 1. I. de legit. agn. succ. III. 2. L. 1. §. 11. D. de suis et legit. L. 6. D. unde legit. 38. 7.* Umgekehrt werden durch die im Texte gewählte Bezeichnung diejenigen ausgeschlossen, welche als Arrogierte auf ihre agnatischen Rechte verzichtet haben.

[28]) *Gai. III. §. 14. „Sororis autem nobis loco est etiam mater aut nouerca, quae per in manum conuentionem apud patrem nostrum iura filiae consecuta est.“ Collat. XVI. c. 6. §. 2. „Consanguineos . . . facit . . . in manum conuentio.“ cf. Gai. III. §. 24.*

[29]) *Paull. R. S. IV. 8. §. 17. (Collat. XVI. 3. §. 17.) „Consanguineis non existentibus agnatis defertur hereditas, prout quis alterum gradu praecesserit.“ cf. Collat. l. l. c. 7. §. 1.* (wo mit Scaliger und Cuiacius gewiss *„post consanguineos“* zu lesen ist.). *Vlp. XXVI. §. 1. Ed. Theodor. XXIII. §. 1. I. de legit. agn. succ. L. 2. pr. D. de suis et legit.*

[30]) *§. 3. I. de legit. agn. succ. „Caeterum inter masculos quidem agnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur; — — — masculi uero ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur.“ L. 2. §. 1. D. de suis et legit. „. . . deincepsque caeteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum.“* Wegen des in *§. ult. I. de cogn. succ. III. 5.* beispielsweise genannten zehnten Grades haben manche Aeltere (so schon die Glosse *ad §. 3.* und *§. ult. I. cit.*, vgl. auch *de Retes, Miscellan. I. 7. §. 4.* in *Meerman., Thes. Tom. VI. p. 42.*) gemeint, mit ihm ende die agnatische Erbfolge; s. dagegen *Vinnius, Comm. in Inst. ad §. ult. cit. Nr. 4. ed. Heinecc. 1726. p. 553 sq. Pufendorff, Obseru. iur. uniu. Tom. II. obs. 125. p. 468.*

[31]) *Paull. R. S. IV. 8. §. 17. (Collat. XVI. 3. §. 17.) „Quodsi plures eodem gradu consistunt, simul admittuntur.“* Characteristisch für die ganze Römische Jurisprudenz ist die Art, in welcher man diesen Satz dem Wortlaute der XII Tafeln gegenüber vertheidigte. *§. 5. I. de legit. agn. succ. III. 2. Et quamuis singulari numero usa lex proximum uocet, tamen dubium non est, quin et, si plures sint eiusdem gradus, omnes*

Unterscheidung zwischen *consanguinei* und sonstigen Agnaten, welche sich hier in unseren Quellen findet [32], hat nicht in dem Wortlaute der XII Tafeln [33], sondern darin ihren Grund, dass, um das Familienvermögen nach Kräften im Mannesstamme zu erhalten [34], Weiber nach einem später herrschend gewordenen Gewohnheitsrechte nicht über den zweiten Grad der Agnation hinaus zur Erbfolge in der Seitenlinie zugelassen wurden [35], und so die *consanguinei* sich als bevor-

---

admittantur." Dasselbe gilt von der Argumentation, dass auch der einzige Agnat doch als *proximus* auf die Erbfolge Anspruch habe, wo das „*proximus non solum is, qui ante aliquem, sed etiam is, ante quem nemo sit, intelligitur*", fast zu einer Rechtsparömie geworden ist; vgl. *L. 34. pr. D. de uulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9. pr. D. de reb. dub. 34. 5. L. 1. §. 5. D. unde cogn. 38. 8. L. 2. §. 2. 4. D. de suis et legit. 38. 16. L. 92. L. 155. L. 162. pr. D. de V. S. 50. 16. Schrader, Comm. in Inst. p. 432.*

[32]) S. *Vlp. XXVI. §. 1. Paull. R. S. IV. 8. §. 13. 17. (Collat. XVI. c. 4. §. 1. c. 3. §. 13. 17.) c. 6. §. 1. c. 7. §. 1. L. 2. §. 1. D. unde legit. 38. 7. L. 4. D. unde cogn. 38. 8. L. 2. pr. D. de suis et legit. L. 6. §. 1. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.* vgl. oben Anm. 26. §. 5. Anm. 1.

[33]) *Paull. R. S. IV. 8. §. 3.* „*Sane consanguinei, quos lex non adprehenderat, interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt.* vgl. Mühlenbruch, Comm. Bd. 36. p. 167. a. E.

[34]) S. *§. 3. I. de legit. agn. succ.* „*... commodius uidebatur, ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent.*" S. ferner Glück, a. a. O. p. 220. Hunger, a. a. O. p. 357. Rudorff, Röm. R.-Gesch. Bd. I. p. 58. u. A. m. Einen anderen Billigkeitsgrund sucht Theophilus (*Paraphr. ad h. l. ed. Reitz p. 543*) dieser Bestimmung unterzulegen.

[35]) *Paull. R. S. IV. 8. §. 22. (Collat. XVI. 3. §. 20.)* „*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque iure ciuili Voconiana ratione uidetur effectum; caeterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit.*" *cf. ibid. §. 16. Gai. III. §. 14. 23. Vlp. XXVI. §. 6. Gai. epit. II. 8. §. 5.; §. 3. I. cit. L. 3. L. 14. pr. L. 15. pr. C. de legit. hered. VI. 58.* Eine eigene Abhandlung über diese Materie ist: Euler, Ueber die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bei den Römern. Hinter Burchardi's Grundzügen d. Rechtssyst. d. Röm. Bonn 1822. p. 298—318. Dass diese Beschränkung nicht, wie man ehemals wohl annahm, (so bes. *Cuiacius, Interpr. ad Paull. R. S. l. l.;* welcher sogar zu lesen vorschlägt *Voconiana rogatione;* aber auch noch *Kind, De lege Voconia §. 49—53.* und v. Dalwigk, Erb.-R. Thl. III. §. 2. p. 19; gegen die Conjectur von Cuiacius s. vornehml. v. Savigny, Verm. Schr. Bd. I. p. 440)

rechtete Personen aus der Masse der Agnaten heraushoben[36]). — Der Augenblick, in welchem Jemand, um Erbe zu werden, der nächste Agnat des Erblassers sein muss, ist auch hier ähnlich wie bei den *sui* nicht nothwendig der Moment von

durch die *lex Voconia* selbst eingeführt sei, zeigt theils der Wortlaut unserer Stelle, theils das Zeugniss des Theophilus (*Paraphr. ad* §. *3. cit. p. 544*), wonach die darin liegende Abweichung von dem Rechte der zwölf Tafeln lediglich durch den Einfluss der Rechtsgelehrten bewirkt ist. Auch dürfte heutzutage kaum eine Meinungsverschiedenheit über diesen Punkt bestehen; s. u. A. Glück, a. a. O. p. 218. Anm. 55. Mühlenbruch, Comm. Bd. 39. p. 288. Anm. 98. und die dort Citierten. — Mit minderer Sicherheit lässt sich dagegen die andere Frage entscheiden, ob das beregte Gewohnheitsrecht erst aus der in dem Voconischen Gesetze zum Ausdrucke gekommenen Grundanschauung als Consequenz abgeleitet worden sei, wohin z. B. Mühlenbruch und Rudorff sich neigen, oder ob wir darin ein uraltes, selbst aus der Zeit vor den Decemvirn stammendes Rechtsprincip anzuerkennen haben. (So Zimmern in seinen und Neustetel's Römrechtl. Unters. p. 314. Anm. 14. Schrader. Was gewinnt die Röm. R.-G. durch Gaius? p. 13—15. Puchta, Inst. Bd. III. p. 220.) Allerdings erscheint die letztere Alternative durchaus verwerflich, sofern die XII Tafeln eine so tief eingreifende Rechtsregel, wenn sie anders schon damals existierte, sicher nicht mit Stillschweigen übergangen haben würden. Dagegen ist auch die erste Möglichkeit nicht überzeugend zu erweisen, indem die Erwähnung der *Voconiana ratio* durch Paullus die Entstehung jenes Satzes aus der *lex Voconia* noch keinesweges unbedingt darthut. Einzig das steht quellenmässig fest, dass er nach der Zeit der Decemviralgesetzgebung durch die Jurisprudenz ausgebildet worden ist. S. auch v. Savigny, a. a. O. p. 439 f. Euler, a. a. O. p. 305. Walter, Röm. R.-G. Bd. II. p. 279. — Endlich fehlt es uns darüber an Nachrichten, in welcher Weise diese Ausschliessung der Weiber durchgeführt wurde, ob sie bloss als erwerbsunfähig galten, oder ob gar keine Delation an sie Statt fand. Da wir es hier nicht mit einem Acte der Gesetzgebung zu thun haben, und deshalb die allgemeinen Gründe, welche bezüglich der *lex Voconia* selbst etwa für die erste Annahme sprechen könnten (s. Huschke, Gaius p. 52.), nicht zutreffen, so muss man sich ohne Zweifel für das gänzliche Unterbleiben der Delation erklären.

[36]) Euler, a. a. O. p. 312., meint zwar, eine so mechanische Absonderung eines Grades aus der Zahl der übrigen Agnaten habe man nicht *interpretatio* nennen können; allein abgesehen von den mehr als bedenklichen Hypothesen, zu denen sich Euler in Folge davon verleiten lässt, *interpretatio* bedeutet hier so viel wie *ius ciuile*, und aus diesem stammt ja die Erbbeschränkung der Weiber.

dessen Tode, sondern derjenige, in dem der Eintritt der Intestaterbfolge gesichert erscheint [37]), nur dass auf *postumi* [38]), die in dieser Klasse natürlich nie die eigenen Kinder des Erblassers sein können, und auf Kriegsgefangene die gleiche Rücksicht wie in der vorigen Ordnung genommen wird [39]). — Hinterlässt der Verstorbene weder *sui* noch Agnaten, so fällt die Erbschaft 3) an seine Gentilen (*Collat. Tit. XVI. c. 4. §. 2. „Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem uocat his uerbis: Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*“) [40]), d. h. an die mit

---

37) *Gai. III. §. 11. 13.; §. 6. I. de legit. agn. succ. III. 2. L. 2. §. 5. 6. 7. L. 5. D. de suis et legit. 38. 16.* Mit Recht macht Schrader *ad §. 6. I. cit. p. 432 sq.* darauf aufmerksam, dass in unseren Quellen nicht gesagt ist, der Augenblick gebe den Ausschlag, in welchem die Intestaterbfolge deferiert werde, sondern *„dat lex XII tabularum hereditatem . . . his, qui tunc, cum certum est, aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt.“* Darnach bleibe der Fall unentschieden, wenn die Intestatdelation noch *in suspenso* war, weil ein *postumus* erwartet wurde. Dennoch unterliegt es wohl keinem Bedenken, die Erbberechtigung hier nach dem Momente der Delation zu beurtheilen; und ebenso da, wo wegen der Ungewissheit des *status* des Erblassers die Delation noch aufgeschoben werden musste (*L. 2. §. 3. D. unde legit. 38. 7.*, vgl. noch *L. 1. §. 11. L. 2. §. 22. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*). — *L. 8. §. 1. D. de suis et legit.* beweist freilich nichts, indem dort dasselbe Resultat sich ergiebt, welchen der beiden Zeitpunkte man auch als den bestimmenden behandeln mag.

38) Es geschah diess auf die Auctorität des Aquilius Gallus hin. *L. 127. D. de leg. I. 30.*, vgl. noch *L. 3. §. 9. D. de suis et legit.*; jedoch nicht hinsichtlich des *„post decem menses mortis natus“* (*L. 3. §. 11. D. eod.*), weil es für ihn an der nöthigen Coexistenz mit dem Erblasser gebricht. Vgl. oben Anm. 21. und §. 4. Anm. 2.

39) *L. 2. pr. D. eod.* Uebrigens darf man den in dieser und der vorigen Anmerkung berührten Fall nicht mit dem in Anm. 27. besprochenen zusammenwerfen.

40) *Gai. III. §. 17. Paull. R. S. IV. 8. §. 3. Auct. ad Herenn. I. c. 13. §. 23. Cic. de inuent. rhetor. II. 50. §. 148. cf. eund. or. in Verr. I. c. 45. §. 115. Suet. Iul. c. 1.* — *I. C. Duisberg, Diss. de principio successionis gentiliciae apud Romanos, Hal. 1788.* Glück, a. a. O. §. 67. Hunger, a. a. O. §. 108. Vgl. noch *Chladenius de gentilitate ueterum Romanorum. ed. II. Lips. 1742.* Wenn es bei Paullus, a. a. O., heisst *„et aliquando quoque gentibus deferebatur“*, so möchte ich das *aliquando* lediglich in der Bedeutung von *olim* gebraucht glauben,

ihm zu derselben Geschlechtsgenossenschaft, wenn gleich nicht mehr zu seiner nachweisbaren Verwandtschaft gehörigen Personen[41]). Da das gentilicische Recht bereits zu **Gaius** Zeit völlig antiquiert war[42]), so kann es nicht befremden, wenn unsere Rechtsquellen uns über die Art dieser Erbfolge keine genauere Auskunft bieten; wir sind aus der Fassung der betreffenden Stelle in den XII Tafeln höchstens etwa das abzunehmen im Stande, dass die Erbschaft den einzelnen Gentilen, nicht aber der *gens* als solcher zufiel[43]). — Gemeinsam ist der gesammten civilen Succession, dass jede *capitis deminutio* die Anwartschaft darauf zerstört[44]). —

---

nicht aber eine Hindeutung auf den Mangel gentilicischer Verbindung für manche Römische Familien (so *Huschke, Studien, p. 146.*) oder gar auf die Unfähigkeit der Plebejer zu diesem Erbrechte darin erblicken.

41) *Cic. Top. c. 6. §. 29.* „*Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt .... qui ab ingenuis oriundi sunt .... quorum maiorum nemo seruitutem seruiuit ..... qui capite non sunt deminuti.*“ *Paull. ex Festo. u.* „*Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is, qui simili nomine appellatur.* Vgl. Böcking, Pand. §. 57.

42) *Gai. III. §. 17.* „*... totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse.*“ *Collat. Tit. XVI. c. 4. §. 2. Paull. R. S. IV. 8. §. 3.*

43) Damit stimmt auch *Cic. de orat. I. c. 39. §. 176.* „*.... cum Marcelli stirpe, Claudii .... hereditatem gente ad se redire dicerent*“ vgl. *Huschke, a. a. O. p. 155 f.* Aber freilich auch „*genti Minuciae*“ bei *Cic. in Verr. I. c. 45. §. 115,* weshalb denn durchaus kein Grund abzusehen ist, das handschriftliche *gentibus* bei **Paullus** in *gentilibus* zu verwandeln.

44) *Gai. III. §. 21; §. 2. I. de Sc. Orphit. III. 4. §. 1. I. de succ. cogn. III. 5. L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5. L. 1. §. 8. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.* vgl. oben Anm. 10. Eine Ausnahme behauptet *Huschke, a. a. O. p. 138, Anm. 4.* hinsichtlich des gentilicischen Erbrechtes; die Emancipation, meint er, habe dasselbe nicht berührt. Wenn wir nun auch einräumen müssen, dass weder die oben angeführten Stellen, noch *§. 9. I. de hered. q. ab int. III. 1.* dawider beweisen, weil sie einmal alle aus einer Periode herrühren, in welcher jene Erbfolge schon erloschen war, und zweitens *§. 9. I. cit.* insbesondere nur den Gedanken enthält, die Erbberechtigung der Kinder an dem Vermögen des Vaters gründe sich nach den XII Tafeln einzig auf dessen *potestas* über sie, nicht auf sonstige Rechtsbeziehungen zwischen ihnen (*neque ullo alio iure per legem XII tabularum uocantur*), so haben wir ein um so grösseres Gewicht auf die Ciceronianische Definition zu legen, theils weil damals das gentilicische Recht noch in voller Uebung war (*Cic. or. in Verr. I.*

Diess System wurde zunächst von dem des **prätorischen Rechtes** durchkreuzt, nach welchem zuerst die natürliche Verwandtschaft abgesehen von der bürgerlichen Familienverbindung eine gewisse Berücksichtigung fand. Das Edict berief, wenn wir auch hier die Beerbung Freigelassener von unserer Betrachtung ausscheiden dürfen, in Ermangelung eines Testamentes (*L. 1. §. 2. L. 3. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 1. §. 1. D. quis ordo 38. 15.* vgl. oben §. 7. Anm. 36 a. E.) vier verschiedene Klassen (*gradus*)[45]) von Angehörigen zur Erbschaft 1) den *ordo unde liberi*[46]). Während das Civil-

---

c. 45.), theils wegen der offenbar auf sie verwendeten besonderen Sorgfalt. Dort heisst es nun ausdrücklich „*qui capite non sunt deminuti*“ ohne dem irgend eine Beschränkung beizufügen. S. auch Böcking, a. a. O. Anm. 7.

[45]) *L. 1. §. 1. D. si tabb. test. null. 38. 6.* „*Sed successionem ab intestato in plures partes diuisit, fecit enim gradus uarios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde uiri et uxoris.*“ *L. 1. pr. D. quis ordo. 38. 15. cf. Gai. III. §. 27—31. §. 33. Vlp. XXVIII. §. 7—11. L. 5. D. unde cogn. 38. 8.* — Die Stelle aus Ulpian's Edictscommentar (*L. 1. §. 1. D. cit.*) ist bei ihrer Aufnahme in die Pandecten jedenfalls bedeutend verändert worden; man hat die Erwähnung derjenigen *bonorum possessiones*, welche sich auf das patronatische Erbrecht bezogen, daraus fortgelassen, um das Fragment mit Justinian's Neuerungen in Einklang zu bringen, welcher die Succession in das Vermögen Freigelassener im Wege der Gesetzgebung von Grund aus frisch geregelt (*L. 4. C. de bon. libert. VI. 4.*), das Erbrecht der *extranei manumissores* Emancipierter gänzlich abgeschafft (*L. 6. C. de emancip. lib. VIII. 49.*) und damit dann jene Fälle der *b. p.* unpractisch gemacht hatte (§. *4. 5. 6. I. de B. P. III. 9.*), vgl. noch Glück, a. a. O. §. 93. p. 346. *Schrader, l. l. ad §. 4. I. cit. p. 473. uerb. unde liberi.* Mit geringerer Sicherheit lässt sich eine gleiche Umgestaltung der zweiten Stelle durch die Compilatoren behaupten, da Modestinus möglicher Weisse bloss von der nicht patronatischen Erbfolge gesprochen haben könnte. — Sehr selten findet sich für *gradus* das heute so gewöhnliche *ordo* und da nicht einmal im technischen Sinne, s. z. B. §. *1. I. de succ. cogn. III. 5.* vgl. Mayer, Anwachs.-R. p. 290.

[46]) *Gai. III. §. 26. Vlp. XXVIII. §. 8. Collat. Tit. XVI. c. 7. §. 2. Tit. Cod. Theod. Vnde liberi IV. 2. §. 9—11. I. de hered. q. ab int. III. 1. Theoph. Paraphr. ad h. l. Tit. Dig. Si tabulae testamenti nullae exstabunt, unde liberi 38. 6. Tit. Cod. Vnde liberi VI. 14.* Glück, a. a. O. §. 94. 95. Hunger, a. a. O. §. 110. Mayer, a. a. O. §. 61. Vering, Erb.-R. p. 619. 620. Rosshirt, Einl. p. 90 ff. Leist, *Bon.*

recht allen Descendenten, welche bei dem Tode des Erblassers aus dessen väterlicher Gewalt definitiv ausgeschieden sind, jeden Erbanspruch gegen sein Vermögen versagt[47]), weist der Prätor den *liberi* die erste Stelle unter den erbberechtigten Personen an[48]). Dazu gehören nun nicht bloss die *sui* im weitesten Umfange des Wortes, sondern überhaupt alle leiblichen Nachkommen des Verstorbenen, welche unter gewöhnlichen Umständen seine *sui* sein würden[49]), in Folge besonderer Verhältnisse jedoch, ohne einen anderweitigen Ersatz dafür erhalten zu haben, der agnatischen Verbindung mit ihm entbehren. So zunächst *rescissa capitis deminutione*[50]) die *emancipati*, wie unsere Quellen sie

---

poss. Bd. II. §. 103. Der Name „*unde liberi*" ist keinesweges etwa von den Anfangsworten des betreffenden Abschnittes im Edicte abzuleiten, wie z. B. *Westenberg*, *Principia iur. sec. ord. Dig. h. t.* §. 4. und selbst noch *Weyhe*, *Libri tres edicti etc. p. 242* annehmen, sondern eine elliptische Bezeichnung des Inhaltes der einschlagenden Edictsrubrik, wofür Redewendungen wie „*ex illa parte edicti, unde legitimi uocantur, unde liberis defertur etc.*" *L. 2. D. si tabb. test. null. L. 1.* §. *11. D. de success. ed. 38. 9.* wohl vollständig beweisen. Dazu kommt, dass bisher noch jeder Versuch einer Restitution des Wortlautes jener edictalen Bestimmungen an dem „*unde liberi*" gescheitert ist; vgl. auch Glück, a. a. O. p. 338. Anm. 5. Hugo, Röm. Rechtsg. p. 591. Hunger, a. a. O. p. 363 u. A. m.

47) *Gai. III.* §. *19;* §. *9. I. de hered. q. ab int. L. 6.* §. *1. D. de B. P. 37, 1.*

48) *L. 1.* §. *5. D. si tabb. test. null.* „*Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionibus.*" Vgl. hierzu Fritz in Löhr's Magazin. Bd. IV. p. 255—264, dessen Aufzählungen jedoch, wie die Vergleichung mit dem Folgenden ergiebt, keinesweges erschöpfend sind.

49) Daher können Weiber nie aus dem *edictum unde liberi* beerbt werden (*Gai. Inst. III.* §. *71.* = §. *7. I. de lib. exhered. II. 13.* und *Lib. X. ad leg. Iul. et Pap. L. 13. D. de suis et legit. L. 4.* §. *2. D. de B. P. C. T. coll. L. 1.* §. *6. D. si tabb. test. null.*), noch Grossväter von ihren Tochterkindern u. s. w.; vgl. *L. 4.* §. *1. i. f. C. de lib. praet. VI. 28. L. 12. C. de suis et legit. lib. VI. 55.* Francke, Notherb.-R. p. 122. Anm. 3.

50) *L. 6.* §. *1. D. de B. P. L. 9. pr. C. Th. de bon. proscr. IX. 42. cf. L. 3.* §. *5. D. de B. P. C. T. 37. 4.* Eine Folge davon ist dann, dass sie zur Erbschaft berufen werden „*perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent.*" *Gai. III.* §. *26.;* §. *9. I. cit.* vgl. Schmidt, in Bekker und Muther's Jahrb. Bd. IV. p. 110. Anm. 2.

schlechtweg zu nennen pflegen[51]). Dieser Name begreift erstens diejenigen, welche in Veranlassung einer Emancipation keine Suitätsrechte gegen den Verstorbenen geltend machen können. Selbst eine Wiederholung der Emancipation, welche selbstverständlich nur durch eine in der Zwischenzeit geschehene Rückkehr in die *patria potestas* möglich wird, lässt den zum zweiten Male aus der Wehr ihres natürlichen Vaters heraustretenden Kindern den Platz unter den *liberi*

---

[51]) So *Vlp. XXVIII. §. 8. „Liberis bonorum possessio datur tam his, qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis.“ Collat. Tit. XVI. c. 7. §. 2. „Suis Praetor solet emancipatos liberos, itemque ciuitate donatos coniungere, data bonorum possessione.“ L. 1. §. 2. D. quis ordo. 38. 15. „Intestati patris liberis bonorum possessio datur, non tantum his, qui in potestate parentis usque in mortis tempus fuerunt, sed et emancipatis.“ cf. §. 9. I. de hered. q. ab int. III. 9.* Diese Bezeichnung ist jedoch zu eng, denn abgesehen von den durch den Adoptivvater emancipierten, den ohne *capitis deminutio* von der väterlichen Gewalt befreiten und den Neubürger-Kindern, gehören nicht bloss die *emancipati* selbst hierher (die ihrerseits wieder nicht nothwendig vom Erblasser emancipiert zu sein brauchen. *L. 6. §. 2. D. de B. P. C. T. 37. 4.*), sondern auch deren nach der Emancipation erzeugte Descendenten, sie mögen in der *potestas* ihres Vaters verblieben, oder derselben ebenfalls entlassen sein (*L. 5. §. 1. D. si tabb. test. null. 38. 6. „. . . filius emancipatus . . . si post emancipationem procreauerit, ita nato dabitur aui bonorum possessio“ L. 3. pr. §. 5. L. 6. pr. D. de B. P. C. T.*). Zweitens hinsichtlich der Beerbung des *pater emancipatus* succedieren diesem in der Klasse *unde liberi* die von dem Grossvater emancipierten (*L. 4. D. i. f. de coniung. 37. 8. L. 6. D. si tabb. test. null. L. 5. pr. D. de coll. bon. 37. 6. uerb. Nisi forte auus*), wie, zwar nicht nach dem Wortlaute, aber doch nach dem Geiste des Edictes (*L. 6. D. init. cit. „et rei aequitas et causa edicti“*), daher anfänglich *ex decreto* (*L. 4. D. cit.* vgl. oben §. 7. Anm. 23.), die in seiner Gewalt verbliebenen Nachkommen des ersteren (*L. 5. §. 1. D. si tabb. test. null. „. . . si filius emancipatus reliquerit in potestate aui nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio* (*L. 7. L. 21. pr. D. de B. P. C. T. L. 9. D. de coll. bon. 37. 6.*). — Von den durch Adoptionsverhältnisse hier noch entstehenden Besonderheiten wird erst im folgenden Paragraphen die Rede sein. — Daran darf schliesslich nur noch mit einem Worte erinnert werden, dass der Prätor dergestalt lediglich die *capitis deminutio minima* rescindiert, indem er bei seiner *bonorum possessio* ja überall die Erbfähigkeit des Berufenen voraussetzt. *L. 1. §. 9. L. 3. §. 10. D. de B. P. C. T.* vgl. oben. §. 7. Anm. 15.

ungeschmälert[52]). Ebenso wenig schadet die Arrogation von Seiten eines Fremden, vorausgesetzt, dass die dadurch begründete Familienangehörigkeit noch bei Lebzeiten des Erblassers wiederum aufgehoben ist[53]). — Zweitens rechnen unsere Quellen zu den *emancipati* die durch Adoption zuvörderst in die Gewalt eines Dritten gebrachten, von diesem aber vor dem Ableben ihres leiblichen Ascendenten[54]) aus derselben entlassenen Abkömmlinge[55]). Ausgeschlossen bleiben lediglich die zur Zeit des Todesfalles noch *in adoptiua familia* befindlichen[56]), d. h. diejenigen Descendenten, welche alsdann Mitglieder einer anderen Agnatenfamilie sind, also

---

[52]) *L. 4. D. si tabb. test. null. cf. L. 1. §. 7. D. eod. L. 1. §. 7. D. de B. P. C. T.* Ein Zweifel hierüber konnte dadurch leicht veranlasst werden, dass Adoptivkinder mit der Emancipation alle Erbrechte gegen den Adoptivvater verlören, und auch die leiblichen Kinder zuletzt doch bloss als *adoptiui* in der Gewalt ihres natürlichen Vaters gewesen waren. —

[53]) Sie schadet nicht dem Emancipierten §. 10. *I. de hered. q. ab. int.* noch seinen Kindern, die ihm in die Familie des Arrogierenden gefolgt, oder in derselben geboren sind, sobald sie vor dem Tode des natürlichen Grossvaters aus derselben wieder heraustreten. *L. 6. §. 4. L. 14. §. 1. D. de B. P. C. T.* — Die *b. p.* welche die Kinder des *emancipatus* hier erhielten, war ursprünglich ebenfalls eine *decretalis*, vgl. oben Anm. 51. und §. 7. Anm. 23.

[54]) Ganz allgemein heisst es in *L. 6. §. 4. D. de B. P. C. T.* „*Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. Caeterum emancipatus ad bonorum possessionem parentum naturalium uenit; sed emancipatus uiuis iis, non etiam post mortem eorum; hoc enim uerius est, post mortem eorum emancipatum non admitti.*“

[55]) *Gai. II. §. 137.* „*.... cum uero emancipati fuerint ab adoptiuo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*“ *cf. §. 4. I. de lib. exhered. II. 13. Theoph. Paraphr. ad h. l.* Gerade diese Ausdrucksweise der Quellen konnte dann leicht dazu führen, die vom Adoptivvater emancipierten Kinder unter dem Namen der „*emancipati*“ mit zu begreifen, wie es in den Anm. 51. a. Anf. citierten Stellen offenbar geschieht.

[56]) *Gai. II. §. 137.* „*... quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiua familia, extraneorum numero habeantur.*“ *Vlp. XXVIII. §. 8. §. 4. I. cit. §. 10. 12. I. de hered. q. ab int. L. 6. §. 4. L. 9. D. de B. P. C. T.* Das Detail der durch die Adoption entstehenden eigenthümlichen Verhältnisse kann erst im folgenden Paragraphen dargestellt werden.

nicht wie die *emancipati* in einer eigenen neuen Familie stehen. Ferner beruft der Prätor in der Klasse *unde liberi* die Kinder, welche ohne *capitis deminutio* aus dem väterlichen Hauswesen ausgeschieden sind[57]), z. B. wenn der Vater eine *maior capitis deminutio* erlitt,

---

[57]) *L. 1. §. 6. D. de B. P. C. T.* „*Siue igitur emancipati sunt, siue alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem.*" Allerdings erklärt Foerster, *De b. p. liberor. praeteritor. contra tab. parentum §. 22. p. 183.* die Worte „*siue alias exierunt de patris potestate*" für ein Einschiebsel Tribonian's. Wenn ich nun gleich zugeben will, dass Ulpian dabei kaum an die durch den Adoptivvater emancipierten Kinder des Erblassers gedacht haben wird, indem ihnen nicht das *exire de patris potestate,* sondern erst die spätere Emancipation ihr prätorisches Erbrecht verschafft, und sie durch jenes noch nicht *sui iuris* werden, da doch der Jurist bloss von *sui iuris facti liberi* spricht; wiewohl ich ferner einräume, dass auch die Beziehung des fraglichen Satzes auf die Vestalinnen und den *flamen Dialis* immer problematisch erscheinen muss, nicht allein wegen der Aeusserung Labeo's bei *Gell. N. A. I. c. 12. §. 18.* „*Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam* ...", vielmehr vornehmlich deshalb, weil jene überhaupt über den Kreis des Privatrechtes durch die *captio* in den Dienst der Gottheit hinausgehoben wurden (vgl. Böcking, Pand. §. 58. v—x. A. M. Schilling, Bem. p. 211. Francke, Notherbenr. §. 10. Anm. 7. Mühlenbruch, Comm. Bd. 37. p. 70. 71. Fein, Collat. p. 7. u. A. m.), und höchstens in Folge des Auftretens laxerer Grundsätze, die freilich auch sonst auf dem Gebiete des Sacralrechtes mehr und mehr zur Herrschaft kamen (s. z. B. *Tacit. Ann. IV. c. 16.*), eine *b. p. u. l.* für die Vestalinnen u. s. w. möglich ist: so dünkt mich doch durch die im Texte gegebene Auslegung unser Fragment gegen die Annahme einer Justinianischen Interpolation hinlänglich gesichert. Im Sinne des Pandectenrechtes sind ausser dem oben angeführten Beispiele noch die Fälle hierher zu ziehen, in denen die väterliche Gewalt durch ein Vergehen verwirkt wurde (*L. 2. C. de inf. expos. VIII. 52.; L. 6. C. de spectac. XI. 40. Nou. XII. c. 2.*), so weit nicht etwa eine Capitalstrafe auf letzteres gesetzt war, wo dann das ganze Verhältniss dem im Texte angegebenen Gesichtspunkte zu unterstellen ist; ferner die Befreiung von der *patria potestas* durch die Erlangung der Würde des Patriciates (*§. 4. I. quib. mod. ius patr. pot. solu. I. 12. L. 5. C. de consulib. XII. 3. cf. Cassiodor. Var. VI. 2.*), indem erst mit *Nou. 81.* v. J. 539. der bisher an diese Befreiung geknüpfte Verlust der auf die Agnation gegründeten Rechte aufhörte, s. auch *Schol. 4. ad Basil. Lib. XL. Tit. 3. c. 1. §. 6. ed. Heimbach, Tom. IV. p. 61.* Glück, Comm. Bd. 2. p. 394.

später jedoch dagegen, nicht aber zugleich gegen den Verlust seiner hausherrlichen Gewalt restituiert wurde (vgl. *L. 2. D. de B. P. C. T. 37. 4. L. 9. C. de sent. pass. IX. 51.)*[58]), sowie diejenigen, denen gleichzeitig mit ihrem Erzeuger, ohne dass sie jedoch seiner *patria potestas* unterworfen wären, das Römische Bürgerrecht vom Kaiser verliehen ist[59]). — Bedingung für diese Succession war jedoch immer, dass zwischen dem Verstorbenen und dem Erbprätendenten in der Mitte keine erbfähigen Personen[60]) mehr existieren[61]). Davon wird einzig insofern

---

[58]) So giebt ein einfacher Straferlass wohl die Civität, aber nicht die *patria potestas* zurück (vgl. noch *L. 7. C. de sent. pass. L. 3. C. de general. abolit. IX. 43.*); selbst wo Vermögen und Dignität dem Verurtheilten restituiert war, läugnete Ulpian und Paullus gegen Papinian, dass er damit die väterliche Gewalt wieder erhalten habe. *L. 13. pr. C. de sent. pass.* Wird doch sogar der Rückerwerb der *iura cognationum* durch den *restitutus* von Paullus (*L. 4. D. de sent. pass. 48. 23.*) nur als „*humanius*" befürwortet. Erst Constantin und namentlich Justinian (*§. 1. I. quib. mod. ius patr. pot. solu.*) folgen darin einer milderen Anschauung, wonach die unbestimmt ertheilte stets als vollständige Restitution anzusehen ist. Vgl. bes. *Schrader, Comm. in §. 1. I. cit. p. 86 sq.* unten Anm. 82. 92.

[59]) *Collat. Tit. XVI. c. 7. §. 2. cf. Gai. III. §. 20. I. §. 94. Plin. ep. Lib. X. ep. 11. (6) §. 2.*

[60]) *L. 1. §. 8. D. de B. P. C. T. „Filium habuit et ex eo nepotem; filius, emancipatus uel in potestate manens, deportatus est. Quaeritur, an nepoti noceat. Et uerius est, in utroque casu nepotem admittendum; deportatos enim mortuorum loco habendos."*

[61]) Diess gilt sowohl wenn Beide, der fernere wie der nähere Descendent, *sui* (*L. 1. §. 6. D. de coniung. 37. 8.*) oder emancipiert sind (*L. 5. §. 1. D. si tabb. test. null. 38. 6. „Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipauerit, filius solus ueniet ad bonorum possessionem, quamuis capitis deminutio per edictum nulli obstet." L. 6. §. 1. D. de B. P. C. T.*), als auch, wenn der erste emancipiert, der letzte aber in der väterlichen Gewalt zurückgeblieben ist (*L. 3. §. 3. D. eod. L. 1. §. 6. D. de coniung.*). Der Prätor will eben bloss denen helfen, *qui legitimo iure deficiuntur* (vgl. über die Bedeutung des *iure defici* noch *L. 2. §. 5. D. aq. pluu. arc. 39. 3.*), also nicht solche zur Erbschaft berufen, denen noch andere Gründe als der Mangel agnatischer Verbindung mit dem Erblasser im Wege stehen; von ihnen kann man nicht sagen, dass sie um ihr *legitimum ius* gekommen seien, dass sie von demselben im Stiche gelassen werden.

eine Ausnahme gemacht, als nach einer unter Hadrian von Salvius Iulianus dem Edicte zugefügten *noua clausula*[62]) (dem sogenannten *edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*)[63]) die in der Gewalt des Emancipierenden zurückgebliebenen Descendenten des Emancipierten wegen ihrer Eigenschaft als *sui* neben letzterem zur Erbschaft ihres gemeinsamen Stammvaters gelangten[64]), während sie nach

---

[62]) *L. 3. D. de coniung. 37. 8. „... propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex noua clausula ...“*

[63]) Vgl. *Tit. Dig. 37. 8. De coniungendis cum emancipato liberis eius*, s. bes. *„hoc edictum“* in *L. 1. §. 1. 2. 6. h. t.* *„ex nouo edicto“* *L. 1. §. 13. D. de uentr. in poss. 37. 9.*, vgl. ferner Leist, *Bon. poss.* Bd. II. §. 87. p. 153 ff. v. Vangerow, Pand. Bd. II. p. 280 f.

[64]) Die Worte des Edictes lauteten nach *L. 5. pr. D. si tabb. test. null. „Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, de cuius bonis agitur, quum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habebit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque nominatim exheredes scripti erunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam habeat, reliquum liberi eius, hisque duntaxat bona sua conferat.“* Vgl. die damit fast vollkommen übereinstimmende *L. 1. pr. D. de coniung. 37. 8.;* wobei nur noch an Stelle der dritten die erste Person zu setzen ist, da Julian die Redaction des *edictum perpetuum* wahrscheinlich als Prätor durchführte (s. Rudorff, Röm. R.-G. I. p. 268. Anm. 1.) und sicher auch in den von ihm herrührenden Einschaltungen sich der im Edicte üblichen Redeweise seiner Amtsvorgänger bedient haben wird; vgl. Leist, a. a. O. II. 1. p. 157. Dass diese zunächst für die *b. p. c. t.* getroffene Anordnung gleichfalls für die *b. p. unde liberi* Anwendung fand, zeigt *L. 3. §. 6. L. 9. D. de collat. 37. 6.* Die Descendenten des Emancipierten kommen hier, wie das sowohl in den Text- als in den Edictsworten gesagt ist, nur soweit zur Succession, als sie nach der gewöhnlichen Intestaterbfolgeordnung (*L. 1. §. 7. D. de coniung.*) wirklich *sui* des Erblassers (*L. 1. §. 6. D. eod. „Liberos igitur in familia esse oportet ... eius scilicet familia, cuius bonorum possessio petitur“*), namentlich also nicht von diesem emancipiert sind, mögen sie übrigens unmittelbar oder bloss mittelbar von dem *emancipatus* abstammen (*L. 1. §. 7. D. eod.*). Demnach haben ferner weder *sui* des Emancipierten, noch solche, die es früher gewesen (*L. 3. D. eod.*), noch auch die *emancipati* des *suus* (*L. 1. §. 6. D. cit.*) derartige Erbrechte (vgl. Anm. 61.); wohl aber die Kinder des *emancipatus*, welche schon vor seiner Entlassung aus der väterlichen Gewalt concipiert waren. Desgleichen wird auf *postumi* (*L. 1. §. 6. cit.*, so heisst der Enkel hier in Bezug auf den Grossvater) und Kriegsgefangene (*L. 1. §. 8. D. eod.*)

dem früheren Rechte höchst wahrscheinlich von ihrem *parens emancipatus* ausgeschlossen wurden[65]. — Wie das Civilrecht kriegsgefangene und nachgeborene *sui* berücksichtigte, so der Prätor dergleichen *emancipati*[66]; und gewiss dürfen wir dasselbe hinsichtlich solcher Kinder annehmen, welche erst nach dem Tode ihres Vaters durch *causae probatio* die Römische Civität erlangten[67], oder aus dem *mancipium* freigelassen in die Stellung von *emancipati* eintraten[68]. — Endlich werden wir nach Analogie der in Betreff der *sui* geltenden Normen[69] auch die während einer vorangegangenen testamentarischen Delation durch den Tod von Mittelspersonen aufgerückten oder aus der Adoptivfamilie emancipierten und des gesetzlichen Erbrechtes entbehrenden Descendenten in der

---

Rücksicht genommen. Von den durch die Adoption entstehenden Besonderheiten wird im nächsten Paragraphen gehandelt werden.

[65]) Dafür spricht schon die Ueberschrift des Edictsabschnittes „*De coniungendis cum emancipato liberis eius*“, sowie die häufig wiederkehrende Phrase „*filio iungitur nepos*“ *etc.*, s. z. B. *L. 1.* §. *2. 4. 7. 8. al.*, ferner das „*nepotem praeteritum . . . patri unciam ablaturum*“ in *L. 1.* §. *3. h. t.* Auch wird in *L. 3. eod.* die Zulassung des *suus* neben dem *emancipatus* zur *b. p.* in einer Weise auf die *noua clausula* gegründet, die sehr auffallen müsste, wenn Julian's Neuerung die Rechte der *sui* im prätorischen Edicte nicht wesentlich erweitert hätte. Endlich heisst es in *L. 1.* §. *1. D. eod.* „*Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus ueniat, et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiiciantur patri suo*“, wie in den letzten Worten die Bestimmungen des *ius ciuile* ersichtlich in Beziehung genommen sind, so ist gewiss auch die erste Alternative nicht als blosse Möglichkeit, sondern als ein factisch bestehender Zustand erwähnt. Vgl. Leist, a. a. O. p. 154 ff. — Das umgekehrte Verhältniss, nämlich die ausschliessliche Berufung der Enkel im prätorischen Edicte vor Julian, scheint anzunehmen v. Helmolt, Civilist. Abh. Heft 1. p. 60., wo sich Anm. 78. auch eine ganz wunderliche Erklärung des „*suo nomine*“ in unserer Clausel findet.

[66]) *L. 1.* §. *2. 3. D. de B. P. C. T. 37. 4. L. 2. pr. D. de coll. bon. 37. 6.*

[67]) Natürlich kann hier nur von den Fällen die Rede sein, in denen der Vater Römischer Bürger und emancipiert war. Vgl. *Gai. I.* §. *67.*

[68]) Dafür spricht die gleiche Behandlung, welche den *filii ex prima secundaue mancipatione manumissi* nach Civilrecht zu Theil wurde; s. oben Anm. 15. An positiven Beweisen fehlt es uns hier freilich durchaus.

[69]) Vgl. oben p. 132.

Klasse *unde liberi* zulassen müssen[70]. — 2) Den *ordo unde legitimi*[71]. In zweiter Reihe trägt das Edict die *bonorum possessio* allen civilrechtlichen Erben des Verstorbenen an[72]; (*haec bonorum possessio: tum quem heredem esse oportet*)[73] zunächst also wiederum den *sui heredes*[74]), nach ihnen

---

[70]) Voraussetzung für ein solches Erbrecht bildet übrigens auch hier die Coexistenz des Descendenten mit dem Erblasser. — Der Umstand, dass die klassischen Juristen und namentlich Ulpian in *L. 1. §. 5. 6. D. si tabb. test. null. 38. 6.* hinsichtlich der *bonorum poss. unde liberi* auf die *contra tabulas* verweisen, berechtigt noch nicht zu dem Schlusse, den u. A. Leist, a. a. O. p. 243 ff., daraus zieht, die Ausbildung der ersteren sei als blosse Consequenz der letzteren zu betrachten, indem jenes Verfahren schon durch die Reihenfolge, in welcher beide behandelt wurden, geboten war.

[71]) *Tit. Dig. Vnde legitimi. 38. 7. Cod. Vnde legitimi et unde cognati. VI. 15.* — Glück, a. a. O. §. 97. 98. Hunger, a. a. O. §. 111. Mayer, a. a. O. §. 62. Vering, a. a. O. p. 621 f. Leist, a. a. O. Bd. I. §. 33 34. p. 200–213.

[72]) *L. 2. §. 4. D. h. t. „Haec autem bonorum possessio omnem uocat, qui ab intestato potuit esse heres, siue lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat, siue alia lex Senatusueconsultum". cf. L. 3. C. h. t.* Für unrichtig halte ich es dagegen, wenn Leist, a. a. O. Bd. II. Abth. 2. p. 13., Jedem zur *b. p. quibus ex legibus* Berechtigten eben deshalb auch die *b. p. unde legitimi* einräumt. Die *L. 3. D. h. t.*, auf welche Leist sich deshalb beruft, beweist diess nicht, indem dort ausdrücklich bloss von einer Anordnung die Rede ist, *quae „defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem"* oder *„etiam bonorum possessionem dari iubet"*.

[73]) *L. 4. D. h. t. L. un. §. 2. D. ut ex legib. 38. 14. L. 227. D. de V. S. 50. 16.* Die *b. p. tum quem ei heredem esse oportet* ist wohl zu unterscheiden von der oben besprochenen (§. 7. Anm. 36.) *tum quem ei heredem esse oporteret.* Dass die erstere in der That die *b. p. unde legitimi* ist, ergiebt sich theils aus dem Wortlaute der edictalen Formel, theils wird es noch ausdrücklich von den Byzantinern bezeugt. *Schol. Bas. 45. 2. 3; 45. 2. 27; ed. Heimbach, Tom. IV. p. 504. 515.*

[74]) *L. 2. pr. D. h. t. L. 6. §. 2. D. de ed. Carbon. 37. 10. L. 1. §. 11. D. de succ. ed. 38. 9. L. 4. §. 1. D. quis ordo. 38. 15.* — Beachtet man, wie sich Gaius (III. §. 26. 27.) über das Verhältniss der ersten zur zweiten Klasse der *b. p. intestati* ausspricht, wie Modestinus in *L. 1. pr. D. quis ordo* geradezu sagt *„Intestati hi gradus uocantur: primum sui heredes"*, wie Julian in *L. 4. §. 1. D. eod.* den *Ordo unde legitimi* als den der Agnaten bezeichnet (vgl. auch Leist, a. a. O. §. 103. Anm. 4.), so kann man darüber wohl kaum im Zweifel sein, dass es dem Prätor ursprünglich nicht sowohl darauf ankam, vor die *sui* eine

allen[75]) übrigen in der gesetzlichen Rangordnung[76]), so dass Frauen in dieser Klasse ebenfalls beerbt werden konnten (*L. 2.* §. *1. D. h. t.*). Dagegen beruft der Prätor hier, anders wie in dem *ordo unde liberi*, lediglich die Civilerben, keinesweges auch diejenigen, welche durch *capitis deminutio* ihr legitimes Erbrecht verloren haben[77]), oder Weiber *ultra consanguinitatis gradum*[78]). Von selbst versteht sich, dass in gleichem Masse wie *iure ciuili* für die Erbberechtigung, so für den Anspruch auf die *b. p. unde legitimi* nicht durchweg der Augenblick des Todes des Erblassers, sondern der der Eröffnung der Intestaterbfolge bestimmend wird (*L. 4. D. h. t.*)[79]). 3) Den *ordo unde cognati*[80]). An dritter Stelle (*cf.* §. *13. I. de hered. q. ab int. III. 1. Gai. epit. II. 8.* §. *7.*) verleiht das Edict den cognatischen Verwandten des Erblassers (*Collat. Tit. 16. c. 8.* §. *1.; Gai. epit. II. 8.* §. *7.; Pr. I. de succ. cogn. III. 5. L. 1. pr. L. 2. D. h. t.*) bis zum sechsten Grade einschliesslich und aus dem siebenten noch den Sobrinenkindern[81]) (§. *ult. I. de succ. cogn. L. 1.* §. *3. L. 9. pr.*

---

neue Erbklasse hinzustellen, wie Leist, a. a. O. p. 245., glaubt, als die Klasse der *sui* in die der *liberi* zu erweitern, und dass jenen nur in Folge der Fassung des Edictes auch die *b. p. unde legitimi* zugestanden wurde, wie sie endlich aus demselben Grunde noch als Cognaten berufen wurden, ohne dass diess von vorn herein eigentlich beabsichtigt ward. Vgl. noch unten §. 15. Anm. 14.

75) Auch die *gentiles* hatten die *b. p. unde legitimi. Cic. in Verr. I.* §. *115.* A. M. war *Mühlenbruch*, *Comm. de uet. Rom. gent. et famil. Rost. 1807.* §. *9.*, vgl. Leist, a. a. O. Bd. I. p. 208. 209. Anm. 10.

76) Vgl. z. B. *L. 5.* §. *1. D. h. t.*

77) *Gai. III.* §. *27. Vlp. XXVIII.* §. *9;* §. *1. I. de succ. cogn. III. 5. L. 5. D. unde cogn. 38. 8.*

78) *Gai. III.* §. *29.*

79) Vgl. oben p. 137. 138.

80) Auch „*unde proximi cognati*“ genannt. *L. 1.* §. *9. D. unde cogn. 38. 8. L. 1.* §. *11. D. de succ. ed. 38. 9.* — Vgl. *Tit. Dig. Vnde cognati. 38. 8. Cod. Vnde legitimi et unde cognati. VI. 15. Inst. De successione cognatorum. III. 5.* — Glück, a. a. O. p. 364—371. §. 99. 100. Rosshirt, a. a. O. p. 145—156. §. 20. 21. Hunger, a. a. O. §. 112. Mayer, a. a. O. §. 62. Vering, a. a. O. p. 622. Leist, a. a. O. §. 64—66. Bd. II. Abthl. 1. p. 12—25.

81) „Also wenn der Erblasser drei, der aber, welchem die *b. p.* angeboten wird, vier Grade vom gemeinschaftlichen Stammvater entfernt

D. h. t.) Successionsrechte. Dahin gehören einmal die wegen ihrer Abstammung durch Weiber mit dem Erblasser bloss natürlich, nicht auch bürgerlich verwandten Personen (*Cic. or. pro Cluent. c. 60. §. 165. Gai. III. §. 24. 30. Vlp. XXVIII. §. 9; §. 2. I. de succ. cogn.*), so namentlich die Kinder (*L. 1.*

---

war, nicht aber, wenn jener vier und dieser drei, oder einer zwei, der andere fünf, oder endlich einer einen, der andere sechs.“ Hugo, Röm. R.-G. p. 596. Anm. 7. — Goldschmidt in v. Löhr's Magazin, Bd. III. Nr. 9. p. 354—358., will die Worte „*et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam*“ auf die Descendenz aus der Ehe eines *sobrinus* mit einer *sobrina* des Erblassers beschränken. An einem inneren Grunde hierfür fehlt es gänzlich, und was die äusseren anlangt, es hätte sonst „*sobrino sobrinaue*“ heissen müssen (wie in *L. 4. D. de testib. 22. 5.* nach der *lectio uulg.* und §. *216. fr. Vat.*), und dass die bekannte Zählweise der Römer (s. *L. 10. §. 12. sq. D. de gradib. 38. 10.*, jedoch auch *fr. Vat.* §. *299. 301.*) nicht zwei, sondern vier Personen ergeben haben würde, so fallen dieselben offenbar zu wenig in's Gewicht, um gegen das ausdrückliche Zeugniss des Theophilus (*Paraphr. ad §. ult. I. de succ. cogn. ed. Reitz, p. 565.* „Ὁ υἱὸς ἤγουν ἡ θυγάτηρ τοῦ σοβρίνου ἢ τῆς σοβρίνας“) zu entscheiden (s. auch Glück, a. a. O. §. 99. Anm. 46. Rosshirt, a. a. O. p. 151 ff. Hugo, a. a. O. *Schrader, Comm. in Inst. p. 446.* u. A. m.), zumal ziemlich klar ersichtlich ist, wie es kam, dass gerade die Sobrinenkinder derartig begünstigt wurden. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Gefühl der Blutsangehörigkeit nur bei einer gewissen Nähe der Verwandtschaft in den einzelnen Familiengliedern lebendig bleibt, weshalb dieselbe dann auch bloss innerhalb dieser Grenze Berücksichtigung durch das Recht verdient; vgl. Huschke, Studien, p. 117 ff. — So hatte die Römische Gesetzgebung den fünften Grad regelmässig als diese Grenze betrachtet, und aus dem sechsten lediglich die Sobrinen zugelassen, welche wegen ihres beiderseitig gleichmässigen und deshalb nahen Verwandtschaftsverhältnisses zu dem gemeinschaftlichen Stammvater sich unter den Cognaten der angegebenen Gradentfernung unbedingt am ehesten als Angehörige wieder erkennen werden; vgl. Huschke, a. a. O. p. 118. Während die *lex Cincia* (*fr. Vat.* §. *299.*) die sog. *lex Seruilia repet.* (*ed. Klenze, cap. IV. p. 14. cap. VIII. p. 36.*), die *lex Cornelia de iniuriis* (*L. 5. pr. D. de iniur. 47. 10.*), die *lex Iulia de ui cap. 87.* (*Collat. Tit. IX. cap. 2. §. 3.*) u. a. m. (vgl. *Bruns. Quid conferant fr. Vat. etc. p. 54.*) an dieser Grenzbestimmung festhalten, greift der Prätor und mit ihm die *lex Furia testamentaria* (*fr. Vat. §. 301.*), die *lex Iulia iudicior. publ.* (*L. 4. D. de testib. 22. 5.*) u. a. m. einen Grad weiter hinab, so dass in äusserlich consequenter Weise die Sobrinenkinder nunmehr an die Stelle der *sobrini* nachrücken. Vgl. noch unten Anm. 157.

§. *9. D. h. t.*), auch die *uulgo quaesiti*, der Mutter (§. *4. I. h. t. L. 2. L. 4. D. h. t.*) und den mütterlichen Angehörigen (*L. 8. D. eod.*) gegenüber, und umgekehrt, sowie die Halbgeschwister von Mutterseite untereinander (*L. 2. L. 4. D. cit.*). Ferner die durch *capitis deminutio minima*[82]) aus dem Agnationsverbande ausgeschiedenen Familienglieder (*Gai. III.* §. *27. Vlp. XXVIII.* §. *9. L. 5. D. h. t.*) mit ihrer Descendenz (§. *1. I. h. t.*), sofern sie nicht als Adoptivverwandte damit zugleich ihre Cognatenqualität verloren haben (*L. 3. D. h. t.*). Endlich alle Agnaten innerhalb der angegebenen Gradzahl (*L. 9. pr. D. h. t.*), da sie ja ebensowohl auch Cognaten des Erblassers sind (§. *7. I. de legit. agn. succ. III. 2.* vgl. oben Anm. 77.), so vornehmlich die *Voconiana ratione* von der civilen Erbfolge ausgeschlossenen Agnatinnen (s. oben Anm. 78.). Unter ihnen allen entscheidet lediglich die Gradesnähe[83]) im Momente der Intestatdelation (*L. 1.* §. *6. 7. D. h. t.*

[82]) Diejenigen, welche eine *maior c. d.* erlitten hätten, konnten schon deshalb, weil es ihnen an der Freiheit oder dem Römischen Bürgerrechte fehlte, keine *b. p.* erhalten; aber auch wenn sie Freiheit und Civität wieder erwarben, traten sie damit nicht in allen Fällen in ihre früheren Cognationsverhältnisse zurück, sondern diess konnte nur in Folge einer eigentlichen Restitution (s. Anm. 58., *L. 4. D. de sent. pass. 48. 23.*, wo sowohl die Basiliken (*Lib. LX. Tit. 68. c. 4.*) wie Cujacius (*Recit. sol. in Lib. XVII. Quaest. Paul. ad h. l.*) das *huic* fälschlich auf das Kind beziehen. Es heisst nicht „*Etiam huic*“, sondern „*etiam cognationis iura huic*“ *etc.*) geschehen, wie sie z. B. in einer *manumissio ex seruitute* entschieden nicht liegt. *L. 7. D. h. t.* — Ueberhaupt darf hier nicht übersehen werden, dass die Cognation keinesweges die rein physische Blutsverwandtschaft ist, sondern immer eine Römischrechtliche Grundlage (mindestens wie bei den *uulgo quaesiti* Abstammung von einer Römischen Bürgerin) verlangt (vgl. Huschke, Gaius p. 19.). Daher denn der Prätor die *seruiles cognationes* hier nicht berücksichtigt (*L. 1.* §. *2. D. h. t.*), und wo Verwandte gemeinschaftlich das Römische Bürgerrecht bekommen, noch eine besondere Verleihung der *iura cognationum* nöthig ist, um cognatische Erbansprüche geltend machen zu können. *Plin. Panegyr. c. 37. 39.* und dazu Huschke, a. a. O. p. 18 f. S. auch bezüglich des *natalibus restitui L. 6. C. de suis et legit. VI. 55.*

[83]) *Pr. I. de succ. cogn.* „. . . *post legitimos . . . proximos cognatos Praetor uocat . . .*“ *L. 1. pr. D. quis ordo. 38. 15.* „. . . *tertio proximi cognati . . .*“ *Leg. Rom. Burg. Tit. X. i. f.* (*ed. Barkow, p. 40.*) „*Quod si agnati defuerint, cognatus gradu proximus ad successionem*

aber auch *L. 3. eod.)*[84]), jedoch mit billiger Rücksicht auf *postumi* (*L. 1. §. 8. L. 10. D. h. t.*) und später heimkehrende Kriegsgefangene (*L. 1. §. 11. D. eod.*). 4) Den *ordo unde uir et uxor*, wonach in Ermangelung von Cognaten der überlebende Ehegatte berufen wurde[85]). —

Im Anschlusse an das schon im Prätorischen Edicte zu theilweiser Anerkennung gekommene Princip der cognatischen Erbfolge empfingen endlich noch eine Anzahl von Personen, welche ein gesetzliches Erbrecht früher nicht besessen hatten, ein solches in Folge neuerer Senatsschlüsse und Kaiserconstitutionen, wodurch weitere Modificationen in dem bisher geschilderten Systeme herbeigeführt wurden, während der allgemeine Grundsatz nach wie vor unverändert bestehen blieb, dass der agnatischen Erbfolge der Vorzug vor der cognatischen gebühre (*L. 5. C. de legit. hered. VI. 58.*). Wir haben hier zu unterscheiden: 1) In aufsteigender Linie gewährte das *Sc. Tertullianum*[86]), wahrscheinlich unter Hadrian[87]), der Mutter, nachdem ihr vordem seit

---

ceteris cognatis anteponetur." *L. 3. C. de legit. hered. VI. 58. al.* Auch dass diese *b. p.* oft, z. B. §. *2. 3. 4. I. h. t. L. 3. 4: D. h. t.*, als „*proximitatis nomine*" gegeben bezeichnet wird, ebenso wie der Name „*unde proximi cognati*" (s. Anm. 80.), hängt hiermit zusammen.

[84]) Vgl. oben Anm. 37.

[85]) Des Genaueren wird über diese *b. p.* unten §. 13. gehandelt werden.

[86]) *Vlp. XXVI. §. 8. Paull. R. S. Lib. IV. Tit. IX. ad Sc. Tertullianum. Tit. Inst. III. 3. De Sc. Tertulliano. Dig. 38. 17. Ad Sc. Tertullianum et Orphitianum. Cod. VI. 56. Ad Sc. Tertullianum.* Vgl. Puchta, Inst. Bd. III. §. 304. p. 221. Rudorff, Röm. R.-G. Bd. I. §. 47. p. 112 f. Walter, Röm. R.-G. Bd. II. §. 644. p. 282 f. Glück, a. a. G. §. 70—73. p. 240—254. Rosshirt, a. a. O. p. 114—117. Hunger, a. a. O. §. 115. Mayer, a. a. O. §. 60. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. V. p. 675. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 408. Vering, a. a. O. p. 635 f. v. Löhr in seinem und Grolman's Magazin, Bd. IV. p. 109—127.

[87]) Diess ist heutzutage entschieden die herrschende Meinung; s. ausser den bei Glück, a. a. O. p. 241. Anm. 3., Angeführten und sämmtlichen in der vorigen Note Genannten noch Schilling, Bemerk. über Röm. R.-G. p. 327. *Schrader, Comm. in Inst. ad §. 2. I. h. t. p. 436.* Mommsen in Bekker's Jahrb. Bd. III. p. 9. Anm. 15a. Fitting, Ueber das Alter der Schriften Römischer Juristen. Basel 1860. p. 12.

Claudius in einzelnen Fällen ein derartiges Privilegium

Für diese Ansicht entscheidend ist das Zeugniss der Justinianischen Institutionen, welches in der Theophilinischen Paraphrase wiederholt wird, dem gegenüber der ungenaue Bericht des Zonaras (XII. 1. p. 525. *ed. Pinder*), wonach unser Senatsschluss unter Pius fiele, und der Umstand, dass die Fasten uns unter Hadrian keinen Consul Tertullius namhaft machen, gänzlich bedeutungslos erscheint. Eine erhebliche Schwierigkeit verursachen freilich die Gaianischen Institutionen. Des *Tertullianum* wird dort mit keinem Worte gedacht, und diess bleibt um so räthselhafter, als der Verfasser selbst III. §. 24. auf die durch dasselbe im Römischen Erbfolgesysteme ausgefüllte Lücke aufmerksam macht. Wollte man nun aber auch mit *Vinnius*, *Comm. in Inst.* §. *2. h. t.*, *Westenberg*, *Princip. iur. sec. ord. Dig. 38. 17.* §. *3*, Hugo, Röm. R.-G. p. 786, Böcking in seiner Ausgabe des Gaius (*ed. IV. p. VIII.*) u. A. (s. d. Citate bei Glück, a. a. O. p. 242 Anm. 7.) das Senatusconsult in die Regierungszeit des Pius etwa in das Jahr 158 n. Chr. (nur nicht mit Vering, a. a. O. p. 621 und p. 634 Anm. 12. p. 635 „unter Hadrian im J. 158 n. Chr.") verlegen, so ist damit wenig gewonnen, indem bei der Abfassung des dritten Buches von Gaius Institutionen (s. II. §. 195.) Pius bereits verstorben war. Das Meiste hat hier noch die Annahme Huschke's in seiner neuen Ausgabe des Gaius für sich, dass die Erwähnung des *Tertullianum* in der Lücke nach III. §. 33. zu suchen sein werde, obgleich ich nicht glaube, dass sie gleich im Anfange der unleserlichen Stelle gestanden haben könne, indem dort von der Grundlage der *b. p. unde cognati* und von der *b. p. unde uir et uxor* m. E. die Rede war. (Zu dem *post eam uocat* ist vielleicht *persona* zu ergänzen.) Wohl möglich, dass der Jurist dann auf die *b. p. quibus ex legibus* zu sprechen kam, und diese ihn auf unseren Senatsschluss führte. — Durchaus ungerechtfertigt ist es dagegen, wenn Manche, wie Rudorff, Schrader und Mommsen, a. a. O., ein besonderes Gewicht darauf legen, dass Julian, Pomponius und Africanus das *Tertullianum* schon kennen, und es deshalb bei Lebzeiten Hadrian's ergangen glauben. Julian handelt davon im 59. Buche seiner Digesten (*L. 2.* §. *1. D. h. t.* unbestimmt *L. 1.* §. *11. L. 2.* §. *9. D. eod.*), während schon das 42. nach d. J. 148 geschrieben ist (*L. 5. D. de man. uind. 40. 2.* Fitting, a. a. O. p. 6.), Pomponius bezieht sich auf das *Sc.* in *L. 11. D. de suis et legit. 38. 16.* (*Lib. X. ad Quint. Muc.*), aber er spricht schon von mehreren Senatusconsulten der Art, wonach die Stelle nicht vor dem Orphitianum 178 p. Ch. verfasst sein könnte. (A. M. Fitting, a. a. O. p. 11.) Wo Africanus (s. *L. 2.* §. *8. D. h. t.*) sich mit dem neuen Erbrechte der Mutter beschäftigte, wird uns nicht gesagt; wollten wir aber auch Fitting, a. a. O. p. 15, darin beistimmen, es sei diess in den Quästionen geschehen, so giebt uns *L. 34. D. sol. matr. 24. 3.* jedenfalls nicht den geringsten Grund,

ertheilt zu werden pflegte[88]), auch ohne *in manum conuentio*[89]) einen civilen Anspruch auf die Succession in das Vermögen ihrer Kinder. Die besonderen Voraussetzungen dafür sind einmal, dass die Mutter das *ius liberorum* erhalten habe, sei es auf die gewöhnliche Weise, also die *ingenua* durch dreimalige[90]), die *libertina* durch viermalige Geburt eines Kindes (*Vlp. XXVI.* §. *8. Paull. IV. 9.* §. *1. 7.* §. *2. I. h. t.*), sei es durch Verleihung von Seiten des Kaisers (*Paull. IV. 9.* §. *9.*); dagegen kommt nichts darauf an, ob sie noch unter fremder Gewalt steht[91]) (§. *2. I. h. t.*), ob sie eine *minima capitis deminutio* erlitten hat (§. *2. I. de Sc. Orphit. III. 4. cf. L. 11. D. de suis et legit. 38. 16.*), oder nicht, ob die Kinder in rechtmässiger Ehe erzeugt, oder *uulgo quaesiti* sind (§. *7. I. h. t. L. 2.* §. *1. D. h. t.*)[92]). Zweitens: der

---

die Abfassung des achten Buches derselben in die Zeit Hadrian's oder den Anfang der Regierung des Pius zu setzen. Vgl. auch Schilling, Bemerk. p. 328. Anm.

[88]) §. *1. I. h. t. Schrader, ad h. l.* — Mit Unrecht will Accursius *Gl. u. amissorum* diess bloss von im Kriege gefallenen Kindern verstehen.

[89]) S. oben Anm. 28.

[90]) Nicht durch Geburt von Drillingen, *Paull. IV. 9.* §. *2.* Im Uebrigen gelten hier die gewöhnlichen Regeln, wonach das Kind kein Monstrum (*ib.* §. *3. 4.*), kein Abortus (*ib.* §. *6.*) sein darf.

[91]) Auch *L. 6. pr. D. h. t.* ist unbedingt hierher zu ziehen, obwohl das Fragment übrigens von dem *Sc. Orphitianum* handelt und aus des Paullus *liber singularis ad Sc. Orphitianum* entnommen ist. — Besonders hervorgehoben wurde dieser Punkt ohne Zweifel deshalb, weil bis dahin eine unter fremder Familiengewalt stehende Person *iure ciuili* niemals hatte Intestaterbe werden können, indem ihr Gewalthaber immer näherer Agnat des Erblassers sein musste, als sie selbst; s. *Schrader, ad* §. *2. I. cit. p. 436.*

[92]) Wie bei der *b. p. unde cognati,* so bildet auch bei dem *Sc. Tertullianum* die Cognation in dem oben Anm. 82. entwickelten Sinne die Grundlage des Erbrechtes zwischen Mutter und Kind. Dem entspricht es nun vollkommen, wenn nach *L. 2.* §. *2. D. h. t.* die Mutter ihren Kindern, welche (z. B. *ex Sc. Claudiano. Tac. Ann. XII. c. 53. fr. de iur. fisc.* §. *12. Paull. R. S. IV. 10.* §. *2.*) *libertini* geworden sind, nicht soll succedieren können. Um so mehr muss es befremden, dass gegen die sonst auch im Justinianischen Rechte geltenden Regeln und im Widerspruche mit dem eben in *L. 2.* §. *2. cit.* noch anerkannten Principe („*neque serui, neque liberti matrem ciuilem habere intelliguntur*" *Paull. l. l.*) die Mutter, welche „*libera concepit, et in seruitutem redacta edidit,*

Mutter gehen in Hinsicht dieses Erbrechtes vor: a) die haushörigen Kinder des Verstorbenen und die neben ihnen vom Prätor zur *b. p. unde liberi* berufenen (*Vlp. l. l. L. 2. §. 6. L. 5. pr. D. h. t.*)[93]), gleichviel ob sie dem ersten oder einem ferneren Grade angehören (*§. 3. I. h. t. L. 5. §. 1. D. h. t.*). Die Geburt eines *postumus* (*L. 2. §. 7. L. 10. §. 1. D. h. t.*), die Rückkehr eines Kriegsgefangenen muss auch hier abgewartet werden. b) Der natürliche Vater des Erblassers (*Vlp. XXVI. §. 8.; §. 3. I. h. t. L. 2. §. 15. 16. D. h. t.*), mag ihm ein gesetzliches Erbrecht, mag ihm irgend eine *bonor. poss. cum re* zustehen[94]). Diess gilt indessen

---

mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur." *L. 2. §. 3. D. h. t.*, vgl. unten Anm. 115.

[93]) Namentlich schliessen die Adoptivkinder ebenso wie die leiblichen das Erbrecht der Mutter aus. Im Uebrigen vgl. oben p. 140 ff. — Ganz befremdend ist die Behauptung Mayer's, das Kind *in adoptiua familia* habe gleichfalls die Mutter von der Erbschaft verdrängt. (Erbr. p. 197. Anm. 6.) Die von ihm dafür citierten Stellen beweisen doch wahrlich das Gegentheil. *L. 2. §. 6. h. t.* spricht überall von *liberi*, so dass man, wenn von der *b. p.* dieser *liberi* die Rede ist, das Wort gewiss im edictalen Sinne zu nehmen hat; ganz schlagend ist aber *§. 9. ib.* Die in Adoption gegebene *filia* soll neben der Mutter des Erblassers zur *b. p. u. cognati* zugelassen werden; die entgegengesetzte Bestimmung des *Sc. Tertullianum* ausser Kraft treten. Hätte nach dem Senatsschlusse die Tochter dem gesetzlichen Erbrechte der Mutter im Wege gestanden, so wäre es eben zur *b. p. u. cognati* gekommen, und Kaiser Pius hätte sein *decretum* sparen können.

[94]) Man hat hier ausschliesslich an ein Kind zu denken, welches *sui iuris* ist. Denn zu der Zeit, von welcher wir zunächst reden, konnte das Hauskind in keiner Weise von seinem Vater *ab intestato* beerbt werden, da das *peculium castrense*, damals das einzige eigene Vermögen des *filiusfamilias*, falls er darüber zu testieren unterlassen hatte, dem Vater *iure peculii*, nicht aber als Erbschaft heimfiel (*L. 1. 2. 9. L. 14. §. 1. D. de castr. pec. 49. 17. al.*). Dadurch wurde nun freilich die Frage angeregt, ob dasselbe dann nicht doch an die Mutter gelangen müsse, da ja der Vater weder *heres* noch *bonorum possessor* sei. Pomponius in *L. 10. pr. D. h. t.* verneint diess, weil das Recht, über das *peculium castrense* letztwillig zu verfügen, ein singuläres Privilegium bilde, für eine Intestaterbfolge also überhaupt kein Raum bleibe. Und als nun später das Recht der Peculien bedeutend erweitert ward, trat zugleich eine durchgreifende gesetzliche Regelung der betreffenden Erbverhältnisse ein, so dass das *Sc. Tertullianum* wieder keine Anwendung darauf finden

lediglich von dem leiblichen, nicht auch von dem Adoptiv-[95]) (s. noch *L. 3. D. h. t.*), noch von dem väterlichen Gross- oder Urgrossvater u. s. w., ausser wo eben dieser es ist, der den Vater von der Succession ausschliesst (*L. 5. §. 2. D. h. t.*)[96]). c) Der *frater consanguineus* des Kindes (*Vlp. XXVI. §. 8. Leg. Rom. Burg. Tit. XXVIII.; §. 3. I. h. t. cf. L. 1. §. 1.*

---

konnte; vgl. unten Nr. 4. — Dem Emancipatus gegenüber waren die Erbansprüche des Vaters doppelter Art. Er besass einmal als Quasipatron seines Kindes (*parens manumissor*) ein eventuelles (s. *Gai. III. §. 40.*) gesetzliches, nachmals durch das prätorische Edict und die *lex Iulia et Papia Poppaea* nicht unerheblich modificiertes, Erbrecht auf dessen Vermögen (*§. 8. I. de legit. agn. succ. III. 2. L. 10. D. de suis et legit. 38. 16. L. 2. C. h. t.*). Zweitens, war die Manumission aus dem Mancipium durch einen Fremden erfolgt, und diesem damit das quasipatronatische Successionsrecht erworben, so hatte der Vater allerdings bloss eine *b. p.*, ging aber mit dieser als einer der zehn Cognaten, welche der Prätor *tertio loco* (*§. 3. I. de B. P. III. 9.*) beruft, dem *ius legitimum* des *extraneus manumissor* vor. (*Collat. Tit. XVI. c. 9. §. 2.*) Dem Vater des *in adoptiua familia* befindlichen und dem *pater emancipatus* oder *adoptatus* des in seiner natürlichen Familie verbliebenen Kindes endlich stand nur die gewöhnliche *b. p. unde cognati* zu Gebote. In allen drei Fällen konnte nun der Erbanspruch des Vaters, vorausgesetzt, dass nicht etwa schon *liberi* des Verstorbenen dabei concurrierten (vgl. z. B. *Gai. III. §. 41.*), mit dem der Mutter *ex Sc. Tertulliano* zusammentreffen. Hier sollte überall (s. *L. 2. §. 16. D. h. t.*) der letztere weichen, womit natürlich nicht gesagt ist, dass sie dann unter allen Umständen gar nichts erhielt; bloss *ex Sc.* wurde sie nicht Erbin.

[95]) Wenn gleich sonst die Adoption keinerlei Erbrechte gewährt, welche deren Bestand überdauerten, so bleibt dem Adoptivvater doch auch nach aufgelöstem Adoptivverhältnisse das ja erst mit der Emancipation erworbene *ius legitimum* als *manumissor*. vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 115. Anm. 2.

[96]) Daher heisst es in den Institutionen *§. 3. h. t.* „*pater quoque utriusque, non etiam auus uel proauus matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur.*“ *L. 5. §. 2. D. h. t.* redet freilich nicht so allgemein, sondern spricht bloss von dem einen Falle, wo der Grossvater als Freilasser den nächsten gesetzlichen Erbanspruch hat; allein es ist nicht zu übersehen, dass diess damals in der That der einzige Fall war, in welchem jener ein besseres Erbrecht als der Vater hatte. — Allerdings vermisst man hier die rechte Consequenz in der Behandlung des Senatsschlusses durch die Römischen Juristen. Jeder andere gesetzliche Erbe, der dem Vater vorgeht, der Mutter nachsteht, verhilft ihr in der That zur Erlangung der Erbschaft. *L. 2. §. 17. D. h. t.*

D. de iur. et fact. ign. 22. 6.) selbst der blosse Adoptivbruder (*L. 7. pr. D. h. t.* vgl. oben Anm. 26. 27.). Mit den *sorores consanguineae*, vorausgesetzt dass sie nicht mit Brüdern concurrieren[96a]), erbte die Mutter zusammen, dergestalt, dass ihr die eine, den Schwestern, so viel ihrer waren, die andere Hälfte des Vermögens zufiel (*Vlp. l. l. Leg. Rom. Burg. l. l. §. 3. I. h. t. Theoph. Paraphr. ad h. l. L. 7. pr. C. h. t. Nou. XXII. c. 47. §. 2. cf. L. 2. §. 1. C. Th. de sec. nupt. III. 8.*). Die ferneren Agnaten mussten der Mutter weichen[97]). Wollten jedoch diese ihr vorgezogenen Personen an der Erbschaft nicht Theil haben[98]), so griff das Recht der Mutter ungehindert Platz, und umgekehrt, wo die *soror consanguinea*, welche den *pater adoptatus* oder *emancipatus* ausschloss, mit der Mutter aber zugleich erbte, sich ihres Erbanspruches be-

---

[96a]) Diess ist der Inhalt von *L. 2. §. 14. D. ad Sc. Tertull.* Die Stelle spricht von einem Sohne der Tochter, der als *frater consanguineus* (s. oben Anm. 28.) zu ihrer Erbschaft berufen ist. An einen *suus* nämlich darf man wegen des „*adiit legitimam hereditatem*“ nicht denken; wenigstens hat Ulpian diess nicht gethan, wenn sich auch nach Justinian's Sprachgebrauche (s. oben §. 7. Anm. 50.) das *adiit* etwa auf die Nichtbenutzung des *beneficium abstinendi* deuten liesse. Offenbar haben die Compilatoren zwischen §. 13 und 14. viel gestrichen, nämlich Alles, was von der Beerbung der *filia* gesagt war, worüber das spätere Recht (s. unten Anm. 104.) ja ganz andere Regeln aufstellte. Dass vorher von der Tochter die Rede war, zeigt auch §. 15. der in den Worten „*in utriusque bonis, tam filii quam filiae*“ die vorher getrennt behandelten Materien wieder zusammenfasst. Zu den Schlussworten „*Sed si non sit solus etc.*“ hat man nun nicht „*si omiserit*“ zu ergänzen, sondern ihr Sinn ist der, die Mutter dürfe nicht von dem auf die *sorores consanguineae*, d. h. die Töchter der Erblasserin, fallenden Antheile für sich die Hälfte in Anspruch nehmen, obschon sie mit ihnen theilt, wenn kein Sohn vorhanden war.

[97]) Nach den *consanguinei* ist der *patruus* der nächste Agnat; ihm geht die Mutter vor. *L. 2. §. 22.* vgl. *§. 17. ib.*

[98]) Diess gilt nicht bloss von der einfachen Repudiation des gesetzlichen Erbrechtes (*L. 2. §. 14. D. h. t.*), dem Ablehnen und der Omission der *b. p.* (*L. 2. §. 9. 11. 12. L. 8. D. h. t.*), sondern auch von der Abstention des *suus* (*L. 2. §. 8. D. h. t.*) und abweichend von der gewöhnlichen Regel (*L. 2. D. de succ. ed. 38. 9.* s. unten §. 15.) sogar noch bei der Restitution gegen den geschehenen Erbschaftserwerb (*L. 2. §. 10. D. h. t.*).

gab, zerstörte sie dadurch den der Letzteren, indem nun der Vater der Nächstberechtigte wurde, neben dem die Mutter dann leer ausgehen musste (*L. 2. §. 18. D. h. t.*)[99]). Somit erscheint ihr Successionsrecht bedingt[100]), im ersten Falle von dem Nichterwerbe der vor ihr, im zweiten von dem Erwerbe der mit ihr Berufenen. Schlug endlich auch sie aus, so wurde denjenigen weiter deferiert, welche abgesehen von ihr zur Zeit das beste Recht auf die Erbfolge geltend machen konnten (*L. 2. §. 20. 22. D. h. t.* s. oben Anm. 37.)[101]). — Diese ursprünglichen Vorschriften des Senatsschlusses wurden später mehrfachen Abänderungen unterzogen, welche das mütterliche Recht theils erweiterten, theils beschränkten[102]). In letzter Richtung bestimmte schon ein Rescript von Antoninus Pius (*L. 2. §. 9. D. h. t.*), dass die *in adoptiua*

---

[99]) Wie schon Anm. 96. bemerkt wurde, haben die Grundsätze über die Erbansprüche der Mutter in solchen Fällen, wo der Vater durch Personen ausgeschlossen wird, vor oder neben denen die Mutter berechtigt ist, ihre Ausbildung lediglich durch die Römische Jurisprudenz erhalten. Das beweist auch das „*placet*" an unserer Stelle. Der Senatsschluss bestimmte offenbar bloss, wer der Mutter vorgehen solle, ohne auf weitere mögliche Combinationen Rücksicht zu nehmen.

[100]) So sagen die Quellen geradezu „*In suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de b. p. petenda.*" *L. 8. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. eod.* und *L. 2. §. 18.* „*exspectaturam*", „*moram patietur*" letzteres freilich von der *b. p. unde cognati* der Mutter.

[101]) So entscheiden Septimius Seuerus und Caracalla i. J. 204. sogar für den Fall der Indignität der Mutter *L. 2. §. 47. D. h. t.*, wo das Fragezeichen offenbar hinter „*sed denegamus ei actiones*" zu setzen, und die Antwort auf die aufgeworfene Frage mit „*Et inuenimus*" zu beginnen ist. Auch diess in Anwendung des Princips, dass, wenn die Mutter von dem *beneficium senatusconsulti* keinen Gebrauch mache, das *antiquum ius* eintrete. — Wenn man die hier berührten Eigenthümlichkeiten gewöhnlich mit der einfachen Bemerkung abfertigt, nach dem Senatsschlusse finde successive Delation Statt, so übersieht man, dass das *Tertullianum* dabei ein ganz anderes Princip zu Grunde legt. Die successive Delation tritt ein, wo die Berufenen nicht Erben geworden sind, das *Tertullianum* deferiert weiter auch da, wo sie es geworden sind, aber die Erbschaft nicht behalten haben.

[102]) Vgl. hierzu noch besonders v. Vangerow, Pand. §. 409. p. 38. 39, woraus bis auf geringfügige Abweichungen wörtlich abgeschrieben ist. Vering, a. a. O. p. 637—639. — S. ferner Glück, a. a. O. §. 79. 112.

familia befindlichen Kinder des Verstorbenen neben der Mutter zur Erbschaft gelangen sollen, so dass damit das *Sc. Tertullianum* ausser Anwendung gesetzt, und beide gemeinsam auf die *b. p. unde cognati* verwiesen wurden[103]). Während ferner Tochterkinder, da sie die *b. p. unde liberi* nicht erhalten können (s. oben Anm. 49.), anfänglich dem gesetzlichen Erbrechte der Mutter nachstanden, erhalten sie nach jüngeren Kaiserconstitutionen[104]) in weiterer Ausbildung des durch das *Sc. Orphitianum* ihnen verliehenen civilen Successionsanspruches den Vorrang vor derselben. — Mit einer Verordnung Constantin's v. J. 321. (*L. 1. C. Th. de legit. hered. V. 1.*) beginnt die Reihe der Gesetze, welche die mütterliche Erbfolge mehr und mehr von dem *ius liberorum* unabhängig machen. In Ermangelung desselben soll nämlich die Mutter dem *patruus* und den entfernteren Agnaten gegenüber nunmehr doch immer ein Drittel der Erbschaft bekommen; dafür verliert sie andererseits trotz ihres *ius liberorum* ein Drittel an den *patruus* (es seien einer oder mehrere) und eventuell an seine Kinder und Enkel ohne Rücksicht darauf, ob sie noch im Agnationsverbande mit dem Verstorbenen gestanden hatten, oder durch *capitis deminutio minima* daraus bereits geschieden waren (Vgl. *Leg. Rom. Burg. Tit. X.*

---

[103]) *L. 2. §. 9. D. h. t.* nennt freilich nur die *in adoptiua familia* befindliche Tochter; den Sohn schlechter zu stellen, liegt gewiss kein Grund vor, nur darüber könnte man in Zweifel sein, ob er nicht etwa die Mutter verdrängte. Bei dem Stillschweigen der Quellen sind wir indessen auch zu dieser Annahme nicht berechtigt.

[104]) Zu ihnen gehört schon *L. 1. C. de Sc. Orphit. VI. 57.*, sofern die das Rescript veranlassende Argumentation und Fragstellung folgende war: „die *consanguinei* sind durch die Tochter ausgeschlossen; wer geht nun vor, diese oder die Mutter?“ Allerdings ist der Schluss ebenfalls so denkbar: „die *consanguinei* beseitigen die Mutter, und jene werden wiederum nach dem *Sc. Orphitianum* durch die Tochter verdrängt.“ Allein, wenn man einzig die letzte Folgerung in Betracht zog, so konnte die Sache durchaus nicht zweifelhaft erscheinen, und hätte wohl kaum zu einer Anfrage an den Kaiser geführt. S. auch Schrader, *Comm. in Inst. p. 437.* — Alsdann *L. 3. C. Th. h. t.* — Dasselbe gilt endlich auch von den ferneren Descendenten des Verstorbenen, *L. 11. C. de suis et legit. Lib. VI. 55.* = *L. 8. i. f. C. Th. h. t.*

p. 38. ed. **Barkow.** *§. 5. I. h. t. Theoph. Paraphr. ad h. l.*)[105]). — Bei einer rein buchstäblichen Handhabung dieser Constitution mussten sich eigenthümlich verschobene Verhältnisse ergeben. So z. B. gieng der emancipierte Bruder des Erblassers hiernach bei eben der Erbschaft leer aus, welche der emancipierte *patruus* mit der Mutter theilte. Natürlich dass die Jurisprudenz bestrebt war, dergleichen Abnormitäten zu vermeiden und zu dem Ende das in *L. 1. cit.* dem *patruus emancipatus* verliehene Recht auch auf den *frater emancipatus* auszudehnen[106]). Diese extensive Interpretation wird nun durch den Oströmischen Kaiser Valens im J. 369 bestätigt (*L. 2. C. Th. eod.*)[107]). Dasselbe thut für das Weströmische Reich Valentinian III. i. J. 426 (*L. 7. C. Th. eod.*), indem er zugleich den Antheil, den die nichtprivilegierte Mutter an den *frater emancipatus* und den *patruus* abzugeben hat, auf ein Drittel herabsetzt[108]). — Justinian endlich beseitigt im Jahre 528

---

[105]) Unberührt bleibt hiernach der Fall, wo die Mutter wie der Onkel beide ausschliesslich auf die *b. p. unde cognati* angewiesen sind, und es entscheiden dort lediglich die edictalen Grundsätze.

[106]) Vgl. besonders die *Interpretatio* zu *L. 2. cit.* „. . . *consanguineus frater uel adoptiuus matrem in totum a successione mortui fratris excludunt. Quod si emancipatus fuerit consanguineus aut adoptiuus, et moriatur frater superstitibus emancipatis fratribus et matre, patruos eorumque filios uel nepotes etiam emancipati fratres euidenter excludunt; ita tamen ut, si ius liberorum mater habuerit, duas partes de morientis filii hereditate praesumat, et tertiam emancipati fratres, quos constat esse superstites. Quod si mater ius liberorum non habuerit, tertiam mater consequetur, et duas partes etiam emancipati filii exclusis patruis possidebunt.*"

[107]) Es muss in der That befremden, wenn selbst in den neuesten Lehrbüchern, z. B. bei Vangerow, a. a. O. p. 38, bei Walter, Röm. Rechts-Gesch. Bd. II. p. 284, der Sinn der *L. 2.* immer noch so aufgefasst wird, als ob sie gerade umgekehrt den *frater emancipatus* neben der Mutter ausdrücklich von der Erbschaft ausschliesse, nachdem schon *Haenel, Ed. Cod. Theod. col. 442. 443. not. k.*, die richtige mit der *interpretatio* übereinstimmende Auslegung der *L. 2.* gegeben und im Detail durchgeführt hat, zumal wenn man damit die den Worten der Constitution unläugbar Gewalt anthuende Erklärung der Gegner vergleicht (s. z. B. *Gebauer, l. l. p. 376. not. n.*).

[108]) Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob in den Worten der *L. 7. §. 2. cit.* „*Exemplo igitur patrui etiam huic cum matre hanc uolumus*

(*L. 2. C. de iur. lib. VIII. 59.*) die Bedeutung des *ius liberorum* für das mütterliche Erbrecht von Grund aus (s. noch §. 4. *I. h. t.* und die *lex. Rom. Burg. l. l.*); es wurde damit nothwendig, der Mutter ein für allemal eine feste Stelle in der Reihe der erbberechtigten Verwandten zuzuweisen. Diess geschah gleichzeitig (*L. 7. C. h. t.*), ja so viel wir sehen können, in einem und demselben Erlasse mit dem vorigen [109]). Die Mutter empfängt darnach den Vorzug vor allen entfernteren Agnaten wie Cognaten ihres Kindes; einzig von dem *parens manumissor* [110]) wird sie, wenn es keine Geschwister hinterlässt, noch immer gänzlich ausgeschlossen (*L. 2. C. h. t.* Ueber die Interpolation dieser Stelle vergl. Mayer, *De heredit. parentis manumissor. Tub. 1832. p. 22 sq.*). Ist der Vater bereits verstorben, so erbt sie zusammen mit des Kindes voll- wie halbbürtigen [110a]) Brüdern oder Brüdern

---

esse rationem, ut quatuor uncias hereditatis accipiat" der Bruder nicht völlig dem Onkel gleichgestellt werde, so dass er auch als *consanguineus* nur ein Drittel der Erbschaft zu empfangen hätte. Dagegen entscheidet jedoch, dass einestheils in dem voraufgehenden Satze der *frater emancipatus* das Hauptsubject ist, des *consanguineus* bloss nebenher gedacht wird, und anderentheils von einer solchen Rechtsänderung, welche mit der Aufnahme der *L. 7.* in den Theodosianischen Codex doch ebenfalls auf das Oströmische Reich erstreckt worden wäre, sich sonst nirgends eine Spur findet, der *consanguineus* vielmehr auch später noch der Mutter vorgeht.

[109]) Die *L. 2.* wie die *L. 7. cit.* sind beide von demselben Tage, dem 1. Juni 528 datiert; allerdings tragen noch eine ganze Anzahl anderer Constitutionen (s. v. Buchholtz in Sell's Jahrb. Bd. II. p. 114. 115.) dieselbe Subscription, ohne dass an einen ursprünglichen Zusammenhang von ihnen zu denken wäre; bei *L. 2.* und *L. 7. cit.* legt aber die Zusammengehörigkeit des Inhaltes wie die abgerissene Form der ersteren diese Vermuthung doch sehr nahe.

[110]) Es bleibt überhaupt für den Fall, dass die Mutter mit dem Vater allein zusammentrifft, völlig bei dem alten Rechte, so dass sie mit dem *pater emancipatus* oder *adoptatus* gemeinschaftlich noch die *b. p. unde cognati* agnoscieren muss, vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 125. Glück, a. a. O. p. 414. — Wie es dann stehe, wenn die Mutter mit dem Vater und Geschwistern concurriert, darüber s. unter Nro. 4. zu Anm. 144. 154.—

[110a]) *L. 7. pr. C. cit.* „*Si quis uel si qua matre superstite et fratre uel legitimo uel sola cognationis iura habente intestatus uel intestata decesserit, non excludi a filii successione matrem, sed una cum*

und Schwestern nach Kopftheilen; bleiben bloss Schwestern zurück, so tritt die althergebrachte Halbtheilung ein. Doch wurde auch für diesen Fall in *Nou. XXII. c. 47.* die Kopftheilung schliesslich eingeführt.

2) In absteigender Linie verschaffte das *Sc. Orphitianum*[111]) unter Marcus und Commodus[112]) im Jahre 178 n. Chr.[113]) den Kindern[114]) auch da, wo die Mutter nicht in der *manus* ihres Ehemannes gestanden hatte, die Succession in deren Vermögen mit Ausschluss der *consanguinei* und sonstigen Agnaten der Erblasserin (*Vlp. XXVI. §. 7. Pr. I. h. t.*). Die

---

fratre mortui uel mortuae, si superstes uel filius uel priuignus ipsius sit, ad eam peruenire . . ." Zweifeln kann man, ob diese Worte ursprünglich auch die *uterini* umfassen sollten, indem diese bis zum Jahre 534 erst nach den *consanguinei* erbten (vgl. v. Löhr, a. a. O. p. 122. Anm. 3.), so dass hier bloss an *emancipati* und agnatische Geschwister zu denken wäre. Unbestreitbar ist jedoch, dass man der Constitution als einem Bestandtheile des Codex jene weitere Bedeutung beizumessen hat. Vgl. noch unten Anm. 124.

[111]) *Paull. R. S. Lib. IV. Tit. 10. Ad Sc. Orphitianum. Tit. Inst. III. 4. De Sc. Orphitiano. Tit. Dig. laud. Tit. Cod. VI. 57. Ad Sc. Orphitianum.* Vgl. Rudorff, a. a. O. p. 113. Walter, a. a. O. p. 283. Puchta, Inst. Bd. III. §. 304. p. 222. Glück, a. a. O. §. 75—77. p. 257—271. Rosshirt, a. a. O. p. 117 f. Hunger, a. a. O. §. 117. p. 379 ff. Mayer, a. a. O. §. 58. Arndts, a. a. O. p. 674 f. v. Vangerow, a. a. O. Bd. II. p. 36. 37. Vering, a. a. O. p. 637.

[112]) *Vlp. XXVI. §. 7.* „*Sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conuentione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.*" *cf. Lamprid. Comm. c. 12.*

[113]) *Pr. I. h. t.* „*Orphito et Rufo consulibus.*"

[114]) Der Senatsschluss nannte allerdings nur die *filii*, vgl. *Vlp. l. l. L. 1. §. 9. D. h. t.* „*Si nemo filiorum, eorumue, quibus simul legitima hereditas defertur . . .*" (Die letzten Worte gehen, wie der Schluss des Paragraphen zeigt, auf den neben den Kindern der *liberta* und *emancipata* eine *pars uirilis* erbenden Patron und *parens manumissor;* vgl. *Vlp. XXIX. §. 3. Gai. III. §. 44; L. 3. C. Th. de legit. hered.*, in welcher das Recht des *parens manumissor* aufgehoben wird; s. unten Anm. 150.) *L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5.* „*Vt ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio.*" Allein, dass von Anfang an unter dem *filius* auch die *filia* begriffen wurde, zeigt Gaius, der in seiner gewiss bald nach 178 verfassten Schrift zu dem *Sc. Orphitianum* schon von *liberi* redet. *L. 9. D. h. t.*, vgl. noch Glück, a. a. O. p. 259. Anm. 42.

Grundlage dieses Erbrechtes ist hier wie bei dem *Sc. Tertullianum* die zwischen Mutter und Kind bestehende Cognation [115]. Imgleichen war in unserem Senatsschlusse nicht

[115]) Daher kommt hier wie dort nichts darauf an, ob die Kinder von einem oder mehreren Vätern abstammen, *consanguinei* oder *uterini* (*L. 4. D. h. t.*), ob sie ehelich oder unehelich geboren (§. *3. I. h. t. L. 1.* §. *2. D. h. t. Paull. l. l.* §. *1.*), ob sie *sui iuris* sind, oder *in aliena potestate* stehen (*pr. I. h. t. L. 1.* §. *6. i. f. L. 9. D. h. t. L. 2. C. h. t.*, vgl. oben Anm. 91), ob die Mutter, bei der übrigens aus den oben Anm. 94. besprochenen Gründen für die ältere Zeit die volle Familienunabhängigkeit vorausgesetzt werden muss, *ingenua* oder *libertina* ist (*L. 1. pr. D. h. t.*), nur dass im letzteren Falle natürlich die *seruilis cognatio* unberücksichtigt bleibt. Endlich wurde auch ein erst nach dem Tode der Mutter künstlich zur Welt gebrachtes Kind als deren Erbe anerkannt (*L. 1.* §. *5. D. h. t. L. 1.* §. *9. D. unde cogn. 38. 8.*). Eine *minima capitis deminutio* des Erben oder der Erblasserin schadet nicht (§. *2. I. h. t. L. 1.* §. *8. D. h. t.*), selbst nicht die *maior*, sofern Restitution dagegen ertheilt (*L. 1.* §. *4. D. h. t.*), oder *iure postliminii* der frühere *status* wieder erworben wird. Es entspricht ferner den allgemeinen Regeln, wenn die Mutter, welche als Kriegsgefangene oder als Sklavin, aber *post moram fideicommissariae libertati factam*, geboren und nachmals durch Heimkehr oder Leistung des Fideicommisses die Freiheit gewonnen hat, von ihrem Kinde beerbt wird (*L. 1.* §. *3. cf. L. 2.* §. *3. D. h. t. L. 6. C. h. t.* Hase, Das *ius postliminii. p. 82 ff.*). Schwierigkeiten macht hier aber *L. 1.* §. *6. D. h. t.* Einmal muss es auffallen, dass derjenige „*qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locauit*“ der Erbschaft verlustig gehen soll, da doch die *infames* keinesweges durchgängig in der Art zurückgesetzt sind. Man sieht, wir haben es hier mit einer eigenthümlichen Vorschrift des Senatsschlusses zu thun, die jedoch wieder keine ganz ausdrückliche gewesen sein kann, da die Jurisprudenz sie alsdann nicht so ungezwungen bei Seite geschoben haben würde, wie das im Folgenden geschieht. Genaueres möchte sich über diesen Punkt bei dem Stillschweigen unserer Quellen kaum ermitteln lassen. — Noch grösser ist der Anstoss, den die weiteren Worte „*quiue rei capitalis damnatus neque restitutus est*“ verursachen. Also gieng die „*humana interpretatio*“ dabei so weit, einen Nichtbürger zum Erben zu machen? Das scheint unmöglich; zumal es nachher heisst „*Idem erit dicendum, et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa suprascripta sit etc.*“ Deshalb schlagen die neueren Juristen meist vor, statt des *neque* „*atque*“ zu lesen (vgl. Glück, a. a. O. p. 265 f. v. Vangerow, a. a. O. p. 37. u. A. m.), und allerdings wird diese Conjectur einiger Massen durch *L. 4. D. de sent. pass. 48. 23.* unterstützt; „*humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta uideri*“ (s. oben Anm. 58. 82.). Allein gegen die beabsichtigte Veränderung entscheidet die Autorität der Basiliken (*Lib. 45.*

minder wie in jenem verordnet, dass, wenn die Kinder sich ihres Anspruches begeben, die Erbschaft an diejenigen Personen fallen solle, welche nach dem früheren Rechte in diesem Augenblicke (*L. 1.* §. *11. D. h. t.* vgl. oben Anm. 101.) zu derselben berufen sein würden[116]). — Das *Sc. Orphitianum*

Tit. 1. c. 27. „*Καὶ μὴ ἀποκαταστάς*" *ed.* *Heimbach*, *Tom. IV. p. 486*· und der Byzantinischen Pandectencommentatoren (*ibid. Schol. 6* u. *7.*). Man hat deshalb zu anderen Auskunftsmitteln gegriffen. So will schon die Glosse (*ad h. l. u. placuit eum*) und mit ihr Cuiacius (*African. Tract. 5. in leg. 13. D. de B. P.*) dem klaren Wortlaute des Fragments zuwider, den Schlusssatz bloss auf den „*qui operas locauit*" beziehen. Ebenso verwerflich ist der andere Versuch, die *res capitalis* auf eine Verurtheilung zu deuten, welche nur eine Ehrenminderung nach sich ziehe. Die dafür angeführte *L. 103. D. de V. S. 50. 16.* beweist vielmehr umgekehrt die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung (vgl. auch den *Enantiophanes in Schol. 7. cit.*). Ich glaube, man hat sich, was die Justinianische Compilation anlangt, mit jenen Worten eine überflüssige Mühe gegeben; ihr Sinn ist der, „ein *damnatus*, der nicht restituiert ist, sondern — diess muss man ergänzen — in anderer Weise sein verlorenes Bürgerrecht wieder erlangt hat, kann eigentlich nach dem *Sc.* nicht erben; doch mag man ihn Billigkeits halber zulassen". So finden wir hier dieselbe, freilich inconsequente, mildere Auffassung, wie oben hinsichtlich des *Sc. Tertullianum* in *L. 2.* §. *3. D. h. t.* (s. oben Anm. 92) ausgesprochen. Indessen liegt, da in *L. 1.* §. *4.* und *L. 2.* §. *2.* das gegentheilige Princip augenscheinlich anerkannt wird, der dringende Verdacht nahe, dass beide Male Justinian's Compilatoren, wenn gleich mit aussergewöhnlichem Geschick ihre Hand im Spiele gehabt haben; und es bleibt auch bei dieser Annahme nichts Anderes übrig, als in ganz buchstäblicher Weise die *L. 1.* §. *4.* einzig von der *maxima c. d.*, das in *L. 2.* §. *2.* Gesagte nur von der Zeit der annoch fortdauernden Libertinität zu verstehen.

[116]) *L. 1.* §. *9. D. h. t.* „*Si nemo filiorum eorumue, quibus simul legitima hereditas defertur, uolet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto.*" Aus diesen Worten des Senatsschlusses werden nun ganz analoge Resultate hergeleitet, wie wir sie oben schon für das *Sc. Tertullianum* kennen gelernt haben. So der Eintritt der Nacherben, nachdem die Kinder bereits die Erbschaft erworben haben, und ihrer bloss durch *in integrum restitutio* wieder ledig geworden sind (*L. 1.* §. *10. D. h. t.*, vgl. oben Anm. 98.). Ja noch mehr, das ganz anomale Recht, die anfänglich ausgeschlagene Succession, so lange die Nacherben nicht angetreten haben, hinterher noch anzunehmen, wird aus jener Clausel deduciert (*L. 6.* §. *1. D. h. t.*). Es unterliegt keinem Zweifel, dass auch im *Sc. Tertullianum* sich eine gleichlautende Bestimmung befunden haben

berücksichtigte ausschliesslich die unmittelbaren Kinder der Erblasserin; die Enkel blieben der väterlichen und mütterlichen Grossmutter, sowie dem mütterlichen Grossvater gegenüber nach wie vor bloss auf ihr cognatisches Erbrecht beschränkt. Erst Valentinian II. gewährte auch ihnen (nicht aber umgekehrt den nicht agnatischen Ascendenten gegen die Enkel *arg. L. 9. C. de legit. hered. VI. 58.*) in *L. 4. C. Th. de legit. hered. V. 1.*[117]) v. J. 389. einen civilen Successionsanspruch neben Kindern (selbst den *sui*)[117a]) und

---

muss, und dass man sich deshalb vor der Vermischung des besonderen Rechtes der beiden Senatsschlüsse mit dem der sonstigen successiven Delation wohl zu hüten hat. — Das in *L. 1. §. 12. D. h. t.* enthaltene Bruchstück des *Sc.* „*Quae iudicata, transacta finitaue sunt, rata maneant*" bilden offenbar einen gegen die rückwirkende Kraft des Gesetzes gerichteten Vorbehalt, wie das „*sunt*" (nicht *erunt*) diess beweist, und er ja auch sonst unendlich oft für abgeurtheilte und verglichene Sachen gemacht wird, z. B. *L. 22. §. 1. C. de ss. eccles. I. 2. L. 51. C. de episc. et cler. I. 3. L. un. §. 4. C. de contr. iud. I. 53. L. 17. C. de fide instrum. IV. 21. L. ult. i. f. C. de legit. hered. VI. 58. Nou. 84. c. 2.* Wir haben deshalb durchaus keine Veranlassung, diese Clausel als eine Ausnahme von der Bestimmung zu betrachten, wonach das *ius antiquum* wiederum Platz greift, wenn die Kinder die Erbschaft nicht an sich nehmen. (So, wenn ich ihn recht verstehe, Rudorff, a. a. O. p. 113; auch erblickt schon die Glosse *ad h. l. u. quod ait Senatus* und Vivianus im Casus zu *L. 1. D. h. t.* in jenem Satze keineswegs eine bloss transitorische Anordnung.) Denn der Einwand, wie Justinian dabei unmöglich an Streitigkeiten aus längst vergangenen Jahrhunderten gedacht haben könne, verliert sein Gewicht dadurch, dass er selbst auf diesem Gebiete durchgreifende Neuerungen getroffen hat, und sich deshalb wohl bewogen finden mochte, jenen Passus in seine Compilation hinüber zu nehmen. S. auch *Schol. Basil. ed. Heimbach, Tom. IV. p. 488. Nro. 14.*

[117]) Vgl. noch *L. 9. C. de suis et legit. lib. VI. 55. §. 15. I. de hered. q. ab int. III. 1. §. 1. I. h. t. Leg. Rom. Burg. Tit. X. p. 36.* Glück, a. a. O. §. 78. 109.

[117a]) Bei der Beerbung des mütterlichen Grossvaters traten hiernach die neuen Civilerben mit den zur *b. p. u. liberi* Berechtigten in Concurrenz, doch empfiengen sie damit noch keinen Anspruch auf eben diese *b. p. L. 12. C. de suis et legit. VI. 55.* „*quibus u. l. b. p. minime competit.*" Vgl. Arndts, a. a. O. p. 675. Doch irrt letzterer darin, wenn er jenes Drittel nur den *liberi* im edictalen Sinne will zukommen

Agnaten; jedoch mussten sie an Descendenten ersten Grades ein Drittel, und wo solche nicht vorhanden waren, an die sonst erbberechtigten Agnaten ein Viertel der Portion (resp. der ganzen Erbschaft) abgeben, welche ihr *parens*, wenn er noch lebte, erhalten haben würde. Eine etwaige *capitis deminutio minima*[118]) des letzteren (*L. 6. C. Th. eod.*) oder des Erblassers und der Erben äusserte selbstverständlich hierbei keinen Einfluss. — Späterhin wurde diess Erbrecht, ungewiss ob einfach durch extensive Interpretation oder eine neue gesetzliche Bestimmung, auf Urenkel u. s. w. ausgedehnt[119]). Auch scheint noch eine aber nicht ganz unzweideutige Constitution ergangen zu sein[120]), wonach die Descendenten den unbedingten Vorzug vor den Agnaten empfiengen. Bei der Dunkelheit jenes Gesetzes fand sich Justinian bewogen, den Inhalt desselben nochmals zu wiederholen (*L. 12. C. de suis et legit. VI. 55.* vgl. §. *16. I. de hered. q. ab. int. III. 1.*); desgleichen hob er in *Nou. 18. c. 4. pr.*

lassen; es heisst im §. 2. ausdrücklich, dass alles das (*haec eadem*) auch von der grossmütterlichen Erbfolge gelten solle.

118) Selbst die *maior c. d.* des *parens* konnte dem Enkel nicht schaden, sobald dieser vorher erzeugt war.

119) In §. *15. I. cit.* wird bereits der Urenkel als erbberechtigt erwähnt, jedoch ohne Angabe, auf welchem Wege ihm diess Recht zugewachsen ist. — Urenkel, die mit Enkeln concurrieren, haben an diese, wenn sie bloss nach *L. 4. C. Th. cit.* berechtigt sind, keinen Voraus abzugeben; vgl. *Dischbein, l. l. p. 22.*

120) Die Hauptstelle über die fragliche Constitution ist *Theoph. Paraphr. III. 1. §. 16.* „Ἔκειτο δὲ καὶ μεταγενεστέρα διάταξις (es ist unmittelbar vorher von der Verordnung Valentinian's die Rede) ἀμυδρῶς ἐναντιουμένη“ „. . . τὴν μὲν εἰρημένην δευτέραν διάταξιν . . .“ vgl. §. *16. I. de hered. q. ab int.* „*Sed nos cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, quartam partem substantiae defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cuiusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem* (die nach den Worten des Theophilus eben nicht bloss der im Justinianischen Codex ebenfalls weggelassene §. *1.* der *L. 4. C. Th. cit.* gewesen sein kann) *a nostro codice segregauimus, neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus.*“ Durchaus unmotiviert erscheint es, wenn *Schrader, Comm. in Inst. ad §. 15. eod. p. 424.*, den Vortritt vor den Agnaten bloss bei der Beerbung der Grossmutter, nicht aber des mütterlichen Grossvaters den Enkeln zugestehen will.

den Voraus von einem Drittel auf, den nach dem Obigen die Kinder vor den Enkeln gehabt hatten[120a]). —

3) In der Seitenlinie[121]) hatte bis dahin jede *cap. dem.* die agnatischen und damit überhaupt die civilen Erbrechte zerstört; nicht einmal quasipatronatische Successionsansprüche konnten hier noch von den in der Wehr des *parens manumissor* verbliebenen Descendenten gemacht werden (vgl. unten Anm. 148.). — Die schon oben (p. 160) erwähnten Gesetze der Kaiser Valens und Valentinian III. beriefen den *frater emancipatus* u. s. w. ebenfalls nur in bedingter Weise, nämlich neben der Mutter, zur Erbfolge. Bedeutender sind die Neuerungen des Kaisers Anastasius. Wie er die Emancipation von leiblichen Kindern unter Vorbehalt ihrer bisherigen agnatischen Verbindungen gestattete (*L. 11. C. de legit. hered. VI. 58. ai. 502.*), so gestand er auch da, wo die Entlassung aus der väterlichen Gewalt ohne diesen Vorbehalt erfolgt war, den nicht agnatischen Geschwistern das Recht der Succession in den geschwisterlichen Nachlass neben den agnatischen zu (*L. 4. C. de legit. tut. V. 30.*); nur sollten die ersteren nicht ihre volle Erbportion erhalten[122]), sondern

---

[120a]) Dass die Worte „*sine ulla deminutione*" in §. *16. I. cit.* ungenau gefasst, und im Sinne Justinian's lediglich auf die im Eingange des Paragraphen genannte Quart der Agnaten, nicht aber auf das Drittel der Descendenten ersten Grades zu deuten sind, wie schon der Glossator Martinus (*Gl. ad §. 15. I. cit. u. partis tertiae deminutione*) irrthümlich annahm, beweist eben *Nov. 18. c. 4. pr.*, deren Inhalt der Kaiser als eine durchaus neue Verordnung characterisiert; s. noch Glück, a. a. O. p. 398. Anm. 91. *Schrader, Comm. in Inst. ad* §. *16. cit. p. 425.* Dass die Stelle bei Theophilus III. 1. §. 16. „*τῆς τοῦ τρίτου μειώσεως οὐ γινομένης*" gänzlich fehlerfrei sei, zeigt *Reitz, p. 536. not. n.*, die Glück wahrscheinlich gar nicht gelesen hat.

[121]) Vgl. Puchta, Inst. III. §. 304. p. 222. Walter, Röm. R.-G. Bd. II. p. 285. Glück, a. a. O. §. 82. p. 286—290. Rosshirt, a. a. O. p. 109 f. Hunger, a. a. O, §. 118. p. 383—386. Mayer, a. a. O. §. 56. p. 149. Arndts, a. a. O. p. 675. 676. v. Vangerow, a. a. O. p. 39. Vering, a. a. O. p. 639 f. v. Löhr. Von dem Successionsrechte der Geschwister vor der Novelle 118 in sein. Magaz. Bd. IV. Nro. 9. p. 128—134.

[122]) Die Anastasische Verordnung selbst, auf welche wir in §. *1. I. cit.* verwiesen werden, ist offenbar bei der zweiten Redaction des Codex

einen Theil derselben zu Gunsten der letzteren verlieren, wogegen sie die Agnaten der übrigen Grade von der Erbfolge gänzlich verdrängten[122a]) (§. *1. I. de succ. cogn. III. 5. Theoph. Paraphr. ad h. l. ed.* Reitz, *Tom. I. p. 562. ibid. III. 6.* §. *12. p. 575. L. 4. C. de legit. tut. V. 30.*). Im Justinianischen Codex wurde indessen die Bevorzugung jener durch eine grössere Erbquote schliesslich wieder beseitigt (*L. 15.* §. *1. C. de legit. hered. VI. 58. ai. 534.*). — Ferner empfiengen die unmittelbaren Kinder der Geschwister (nicht aber umgekehrt die Geschwister den Geschwisterkindern gegenüber *L. 7. C. de legit. hered. VI. 58.*), abgesehen von

---

fortgelassen wegen der inzwischen von Justinian verfügten Neuerungen. So sind wir auf minder authentische Berichte beschränkt. *Theoph. Paraphr. III. 5.* §. *1.* „*γέγονε γὰρ διάταξις τοῦ τῆς θείας λήξεως Ἀναστασίου λέγουσα, ἵνα ἐάν τις τελευτήσῃ καταλιπὼν ἀδελφὸν integri iuris τουτέστι μὴ ὑποστάντα κάπιτις δεμινουτίωνα, καὶ ἕτερον κάπιτε δεμινοῦτον, ὥστε τοὺς δύο καλεῖσθαι ἐπὶ τὴν τοῦ τελευτήσαντος ἀδελφοῦ ἢ τῆς τελευτησάσης ἀδελφῆς κληρονομίαν, οὐκ ἐξ ἴσων μερῶν, ἀλλ' ὥστε πλέον τι ἔχειν τὸν λεγίτιμον· τουτέστι τὸν μὲν κάπιτε δεμινοῦτον λαβεῖν δ' οὐγκίας, τὸν δὲ integri iuris τὸ διπλοῦν τουτέστι η' οὐγκίας.*“ *cf. Gloss. Inst. Taurin. ad h.* §. (v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M. A. Bd. II. p. 455. Nro. 285.) „*i. e. retracta tertia portione*“; nämlich von dem den emancipierten Geschwistern zufallenden Erbtheile. Beide Nachrichten stimmen überein, sobald man den einfachsten Fall, die Concurrenz eines *emancipatus* und eines *legitimus*, oder doch eine gleiche Zahl von Erben auf beiden Seiten voraussetzt; sie gehen aus einander, sowie man mehr *emancipati* als *legitimi* annimmt, und umgekehrt. Ich würde kein Bedenken tragen, zumal bei der Analogie früherer Bestimmungen (s. bes. *L. 4. C. Th. de legit. hered. V. 1.*) die Darstellung des Glossators für die genauere zu halten, wenn nicht die der Sache absichtlich aus dem Wege gehenden Redewendungen Justinian's in §. *1. I. cit.* und *L. 15.* §. *1. C. de legit. hered.* ein complicierteres Verhältniss vermuthen liessen.

[122a]) Nur den *emancipati* hat Anastasius hier ein civiles Erbrecht verliehen; die in der Familie verbliebenen Kinder bedurften ihrerseits eines solchen gegen jene nicht, da sie ohnehin entweder als Cognaten die nächsten Erben waren, oder auf alle Fälle durch die Kinder des Emancipierten ausgeschlossen wurden; vgl. *de* Retes. *Miscellan. I. 7.* §. *4.* in Meerman *Thesaur. Tom. VI. p. 42.* Sehr zweifelhaft dünkt es mich dagegen, ob auch den *adoptati* der gleiche Successionsanspruch zuzugestehen ist, indem die Quellen ausschliesslich der *emancipati* gedenken, und hinsichtlich jener ähnliche Motive wirksam werden konnten, wie bei der *b. p. unde liberi;* vgl. unten Anm. 125.

ihrer etwaigen Eigenschaft als Agnaten [123]), ein civiles Erbrecht, dessen sie unter Anastasius noch entbehrt hatten (§. *1. I. de succ. cogn. III. 5.* „. . . *exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum*“. . .); doch sollten sie erst dann zur Succession gelangen, wenn weder Bruder noch Schwester des Verstorbenen, um in seine Erbschaft einzurücken, mehr vorhanden war (*L. 14.* §. *1. C. de legit. hered. ai. 531.* §. *4. I. de legit. agn. succ. III. 2.*). Dass Gesetz verlieh diess Recht sogar den Kindern der *soror uterina*. was deshalb doppelt auffallen muss, weil einmal ihr selbst bis dahin ein legitimer Successionsanspruch nirgends ausdrücklich gegeben war [124]), indem die Anastasische Constitution sich, wie gesagt, lediglich auf emancipierte *consanguinei* [125]) bezog, und weil zweitens des *frater uterinus*

[123]) *L. 14.* §. *1. C. cit.* „*In his igitur casibus . . . etiam unum gradum pietatis intuitu transferri a iure cognationis in legitimam uolumus successionem, ut non solum fratris filius et filia . . . ad successionem patrui sui uocentur, sed etiam germanae consanguineae uel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura auunculi sui perueniant . . . tamquam si omnes legitimo iure ueniant.*“ Vgl. §. *4. I. cit.*

[124]) Allerdings glauben Viele, s. z. B. *Cuiacius, Recit. sol. in Cod. Lib. VI. Tit. 56. ad Sc. Tertull. Vinnius, Comm. in Inst. ad* §. *4. de legit. agn. succ. Nro. 2.* Glück, a. a. O. p. 421. Anm. 7. schon durch *L. 7. C. ad Sc. Tertull.* (v. J. *528.* vgl. oben Anm. 110a) sei den *uterini* ein gesetzliches Erbrecht zu Theil geworden. Diess ist jedoch nicht anzunehmen, denn einmal redet *L. 15.* §. *2. C. de legit. hered.* von dem Anspruche der *uterini* wie von etwas neu Eingeführtem, und deutet nicht von ferne an, dass derselbe schon bisher bestanden habe; zweitens darf man die *L. 7. cit.* doch nicht von dem gesammten Tertullianischen Erbfolgerechte losgelöst auslegen wollen, wo dann die Worte derselben freilich zweideutig sein würden, sondern hat sich zu vergegenwärtigen, wie die Constitution vor Allem die Concurrenz der Mutter und der damals erbberechtigten Geschwister regeln musste. Hätte der Kaiser die geschwisterliche Succession selbst neu ordnen wollen, so würde er sich darüber ohne Zweifel deutlicher ausgedrückt haben, als diess in *L. 7. cit.* geschieht. Wie übrigens die Stelle als Bestandtheil des Codex zu verstehen sei, darüber vgl. oben Anm. 110a. S. auch Rosshirt, a. a. O. p. 108. Anm. 41.

[125]) Mit ziemlicher Sicherheit dürfen wir annehmen, dass sich die Anastasische Neuerung, wie diess u. A. der Gegensatz „*agnati capite*

oder seiner Kinder, obschon er gewiss die gleiche Berücksichtigung wie jene verdiente, in *L. 14. §. 1. C. cit.* mit keinem Worte erwähnt wird. Diese offenbar nur durch eine nachlässige Redaction der kaiserlichen Verfügung verursachten Missverhältnisse fanden dann auch bereits nach wenigen Jahren Abhülfe [126]). In *L. 15. §. 2. C. cit.* liess Justinian die *uterini* in Concurrenz mit *germani* und *consanguinei* zur Erbfolge zu, und nannte in *§. 3. eod.* neben den Kindern der übrigen Geschwister die in *L. 14. §. 1. cit.* übersehenen Söhne und Töchter des *frater uterinus* unter den im dritten agnatischen Grade erbberechtigten Personen [127]). — Ein neuer und im Wesentlichen selbständiger, von den bislang herrschenden Principien durchaus abweichender Gedanke, der mit früheren Verordnungen über die *res maternae* [128]) doch bloss äusserlich zusammen hieng, wird durch *Nou. 84.* v. J. 539

---

deminuti — fratre et sorore emancipatis" andeutet, ursprünglich bloss auf die eigentlichen *emancipati* bezogen hat, ebenso gewiss ist es jedoch, dass dieselbe bald auf alle diejenigen erstreckt wurde, welche das prätorische Edict unter jenem Ausdrucke begreift; vgl. Anm. 122a.

[126]) Wenn die gesetzliche Ordnung dieser Verwirrung erst im J. 534 erfolgte, so schliesst das nicht aus, dass die Praxis die unabweislichen Consequenzen aus *L. 14. §. 1. C. cit.* schon früher zog. So nennt in der That bereits die Theophilinische Paraphrase (*III. 2. §. 4. ed. Reitz, p. 547*) die *soror uterina* unter den mit agnatischem Erbrechte bewidmeten Personen, obgleich die Institutionenerklärung des Theophilus in Uebereinstimmung mit §. 2. der *Const. Omnem reip.* in die erste Hälfte des genannten Jahres fallen dürfte, während *L. 15. C. cit.* vom 1. October datiert ist. Auch redet der Verfasser augenscheinlich an jener Stelle bloss von *L. 14. cit.* ohne einer späteren Verordnung irgend zu erwähnen. — Hiernach bedarf es wohl kaum einer Erinnerung daran, wie wir nicht berechtigt sind, die Aeusserung des Theophilus zur Unterstützung der in Anm. 124 bekämpften Meinung zu benutzen. — Hinsichtlich des Einflusses der Adoption auf die durch Justinian hier verliehenen Erbansprüche mag vorläufig kurz bemerkt werden, wie die desfallsigen Verordnungen erst nach *L. 10. C. de adopt. VIII. 48.* ergangen sind, und übrigens die dabei fraglichen Punkte im Wesentlichen auf die aus *Nou. 118.* herrührenden analogen Streitfragen zurückkehren. S. unten §. 11.

[127]) Vgl. noch Glück, a. a. O. §. 114. 115. p. 419—423.

[128]) Die Novelle selbst weist in *cap. 1. §. 2.* auf diesen Zusammenhang hin; vgl. unten Anm. 141. und Glück, §. 116.

der geschwisterlichen Succession zu Grunde gelegt. Darnach gehen nunmehr die vollbürtigen Geschwister allen halbbürtigen, *consanguinei* wie *uterini* unbedingt vor. Hinsichtlich der Geschwisterkinder äussert sich die Novelle nicht; für sie bleiben also die alten Bestimmungen in Kraft[129]). Endlich ist hier noch eines allgemeinen Grundsatzes zu gedenken, dem Justinian auf dem gesammten Gebiete des agnatischen Erbrechtes Anerkennung verschaffte: die alte Regel des Civilrechtes „*Feminae ad legitimas hereditates ultra consanguineas successiones non admittuntur*" (vgl. oben p. 136.) wurde von ihm aufgehoben; das Geschlecht des Erbprätendenten sollte fortan auf seine Berechtigung keinen Einfluss mehr üben (*L. 14. pr. C. eod. §. 3. I. de legit. agn. succ. III. 2.*)[130]).

Eine besondere Darstellung erfordert 4) noch die Beerbung der Kinder durch ihren Vater[131]). Es ist hier zunächst zu unterscheiden, ob dieselben *sui iuris* oder

---

[129]) Man hat diess keinesweges einer blossen Vergesslichkeit zuzuschreiben, es ist vielmehr durchaus sachgemäss, wenn der Unterschied von voll- und halbbürtiger Verwandtschaft nur bei einer gewissen Gradesnähe Einfluss auf die Erbverhältnisse übt, indem er in weiterer Ferne auch natürlich bedeutungslos wird. Dass nun späterhin Justinian noch die vollbürtigen Geschwisterkinder den halbbürtigen vorzog, lässt uns nicht schliessen, er habe diess eigentlich schon hier gewollt, zumal nach dem Rechte der *Nov. 84.* Geschwister und Geschwisterkinder nicht zusammen erben können, während die nachmalige Gesetzgebung beide in eine Klasse brachte, und so nothgedrungen, was von jenen gelten sollte, auf diese mit übertragen musste.

[130]) Vgl. Glück, a. a. O. §. 111. p. 408—410. Hunger, a. a. O. § 120. p. 392 ff.

[131]) Vgl. Puchta, Inst. Bd. III. §. 282. p. 144. 145. Walter, a. a. O. Bd. II. §. 647. p. 286 f. Glück, a. a. O. §. 80. 81. 113. p. 278 bis 286; p. 415—419. Rosshirt, a. a. O. p. 118—134. Hunger, a. a. O. §. 119. p. 386—391. Mayer, a. a. O. §. 59. p. 151 f. §. 57. 58. p. 150 f. Arndts, a. a. O. p. 677. 678. Vering, a. a. O. p. 640—643. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 409. p. 39—43. Zimmern, R.-Gesch. Bd. I. §. 187—190. p. 685—698. Von besonderen Abhandlungen über diese Materie sind ferner zu nennen des Byzantinischen Anonymus *Tractatus de peculiis,* in dem zweiten Bande von Heimbach's *Anecdota p. 247—260. Witte, De luctuosis hereditatibus. Vratisl. 1824.* v. Löhr, Von der Succession in ein Peculium vor der Novelle 118. In seinem Magazin Bd. IV. Nr. 7. p. 101—108.

filiifamilias sind. a) Im letzten Falle war nach dem älteren Rechte bei der Unfähigkeit der Hauskinder, eigenes Vermögen zu haben, auch keine Erbfolge nach ihrem Tode denkbar (*cf. Vlp. XX. §. 10.*); im Beginne der Kaiserzeit wurde nun freilich den Haussöhnen über ihr *peculium castrense* zu testieren erlaubt (vgl. unten §. 18.), sofern sie aber von diesem Privilegium keinen Gebrauch machten, trat darum noch nicht die Intestaterbfolge ein, sondern ihr Nachlass fiel *iure peculii* dem Vater heim, gleichsam als wäre er immer sein Eigenthum gewesen (s. oben Anm. 94. und vgl. noch *Pr. I. quib. n. e. perm. II. 12. L. 17. pr. L. 19. §. 3. D. de castr. pec. 49. 17. L. 5. C. eod. XII. 37. L. 44. pr. D. de leg. I. 30. L. 18. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1. §. 22. D. de coll. bon. 37. 6.*) und ganz ebenso verhielt es sich mit dem *peculium quasi castrense*, welches ja dem ersteren in allen Stücken nachgebildet war (*cf. L. 6. pr. C. de bon. quae lib. VI. 61.* „*... in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt.*“)[132]); einzig darüber herrschte Zwiespalt, ob den Inhabern des letzteren wirklich durchweg Testierfreiheit gegeben sei (*L. 37. pr. i. f. C. de inoff. III. 28.*). Offenbar werden diese Sätze von dem Gedanken getragen, dass es unbillig erscheine, den Erwerb, welchen der Haussohn in öffentlichen Verhältnissen und unter Aufopferung seiner eigenen Persönlichkeit mache, der Disposition des Sohnes zu entziehen, und ihn wie den sonstigen

[132]) Vgl. noch *Pr. I. quib. non est perm. II. 12. §. 6. I. de militar. test. II. 11.* „*Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii tam anteriores leges, quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia addiderunt peculia, et quorum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari; quod nostra constitutio latius extendens permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari quidem, sed iure communi.*“ *L. 37. §. 1. C. de inoff. III. 28.* „*... quia ad imitationem peculii castrensis quasi castrense peculium superuenit ...*“ An diesen und ähnlichen allgemeinen Aussprüchen, und dem aus der ausschliesslichen Hervorhebung des Testierrechtes zu entnehmenden *argumentum a contrario* müssen wir uns hier freilich genügen lassen; eine ausdrückliche Beglaubigung für die im Texte aufgestellten Sätze besitzen wir hinsichtlich des quasicastrensischen Peculiums nicht, bedürfen derselben indessen auch kaum.

privaten Gewinn desselben dem Vater zufliessen zu lassen; dass aber, wenn jener über diese Güter zu verfügen versäume, oder seine letztwilligen Bestimmungen nicht zur Ausführung gebracht werden können (vgl. *L. 19. §. 5. D. de castr. pec.*), kein Grund mehr vorliege, die hausväterlichen Zuständnisse irgend zu beschränken (vgl. auch *L. 10. pr. D. ad Sc. Tert. 38. 17.*). — Von einem völlig anderen Gesichtspunkte dagegen gehen diejenigen Verfügungen aus, unter deren Herrschaft das Recht der *bona aduenticia* sich allmälig gestaltete. Hier kam es darauf an, die Hauskinder gegen Verschleuderungen eines ihnen zugefallenen und durch sie an den Vater gelangten Vermögens zu sichern. Das älteste Beispiel[133]) einer solchen Fürsorge treffen wir in einem Rescripte Hadrian's (*L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.*). Allerdings haben wir es dabei mit einer durchaus singulären Vorschrift zu thun, und das ihr gemäss vom Vater auf den Sohn übertragene Fideicommiss steht noch in fast ebenso naher Verwandtschaft zu dem *peculium castrense*, wie zu den späteren *bona aduenticia*[134]). Das eigentliche Fundament der letzteren bildet dagegen eine Constitution Constantin's vom Jahre 319 (*L. 1. C. Th. de bon. matern. VIII. 18. cf. L. 1.*

---

[133]) Das von Zimmern, a. a. O. p. 692 noch hierhergestellte Eigenthum der Haustochter an der ihr nach aufgelöster Ehe zufallenden *dos* ist doch wesentlich anderer Natur (vgl. *L. un. §. 14. C. de rei uxor. act. V. 13.*) und die ferner von ihm in Bezug genommenen *L. 52. pr. D. de A. u. O. H. 29. 2.* und *L. 3. §. 7. D. de minor. 4. 4.* gehören vollends nicht dahin; s. auch v. Vangerow, Pand. Bd. I. §. 237. Anm. 1. p. 507. d.

[134]) In der Stelle selbst wird auf die Analogie des *peculium castrense* hingewiesen: „*Post decreti autem auctoritatem .... filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti, uel etiam cum debitoribus agi oporteret.*“ Und in der That bestand darin eine unverkennbare Aehnlichkeit beider Fälle, dass eine Beerbung *ab intestato* gleichmässig unmöglich war. Dennoch geht v. Vangerow, a. a. O. Bd. I. §. 235. p. 496, zu weit, wenn er ein solcher Art restituiertes Fideicommiss schlechtweg als *peculium quasi castrense* aufführt, denn theils ist die *ratio* des ganzen Rechtsverhältnisses hier und dort eine durchaus verschiedene, theils eine letztwillige Disposition des Haussohns über das Fideicommiss völlig undenkbar, hinsichtlich des *peculium quasi castrense* aber principiell consequent und, obgleich nicht überall, auch rechtlich zulässig.

C. I. eod. VI. 60.)[135]), welche dem Vater die Veräusserung des Muttergutes der in seiner Gewalt befindlichen Kinder untersagt, ihnen dasselbe bei dessen Tode ausschliesslich und zum Voraus einräumt, und endlich den Vater verpflichtet, seinen Kindern bei ihrer Emancipation zwei Drittel jenes Gütercomplexes auszuliefern, wogegen er an dem letzten Drittel das volle und unbeschränkte Eigenthum erhalten soll. — Anordnungen, welche nachmals (*L. 6. 7. C. Th. eod. cf. L. 2. C. I. eod. Consult. c. 7. i. f. ed.* Schulting *p. 822.* und *L. 9. §. 3. C. Th. eod.* bezüglich des *praemium emancipationis*, obgleich die Stelle übrigens schon einer späteren Stufe der Rechtsentwickelung angehört) auch auf das von den mütterlichen Ascendenten den Kindern zugewendete Vermögen erstreckt wurden. Von einem Uebergange der Proprietät[136])

---

[135]) S. wegen des älteren Rechtes z. B. noch *L. un. C. Gregor. De patria potestate XIII. 1.* (*ai. 218.*), wo das Verhältniss der Erblasserin zum Erbkinde als irrelevant völlig unberücksichtigt bleibt. —

[136]) Das geht schon aus *L. 1. C. Th. cit.* hervor, wobei man sich nur für die richtige Würdigung des Wortlautes derselben des Umstandes zu erinnern hat, dass der Vater das Eigenthum an dergleichen Erbschaften bis dahin noch besass, dass er dasselbe also behielt, sofern es ihm nicht ausdrücklich entzogen wurde, und der Kaiser, wenn er es ihm nehmen wollte, diess deutlich erklären musste. Nun sagt aber das Gesetz „*res quae ex matris successione fuerint ad filios deuolutae, ita sint in parentum potestate atque* dominio, *ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur*“; [es ist bezeichnend, wie Justinian diesen Satz verändert hat „*ita sint in parentum potestate, ut* (*utendi*) *fruendi duntaxat habeant* (*in diem uitae*) *facultatem,* dominio *uidelicet earum ad liberos pertinente;*“] an einer späteren Stelle heisst es von den *parentes*, sie sollten *ita omnia agere tamquam* solidum perfectumque dominium *et personam gerant legitimam*“, also bloss das volle Eigenthum haben sie nicht; damit wird aber wieder indirect zugestanden, dass sie überhaupt Eigenthümer sind. Dann wird dem Vater in *L. 2. C. Th. eod.* ein „*dominium possessionis*“ zugesprochen, d. i. ein Eigenthum, welches die *possessio* und zwar im weitesten Sinne, also noch den *usus* (*L. 115. D. de V. S. 50. 16.*) umfasst, wie sich diess u. A. aus dem Gegensatze „*alienandi uero licentiam facultatemque non habeant*“ ergiebt. Ferner bezeugt *L. 4. C. Th. eod.* „*Cretionis obseruantiam praecipimus remoueri, per quam filii patriae potestati subiecti res ex materna hereditate uel ex diuersis successionibus ad se deuolutas antehac his, in quorum potestate fuerant, acquirebant*“ geradezu, dass bis zum Jahre 339

während der Fortdauer der *patria potestas* ist hier jedoch noch keine Rede, und folglich weder von einem Erbanspruche irgend Jemandes auf die Adventicien, noch von einem Einziehen derselben *iure peculii* durch den Vater. — Erst im fünften Jahrhunderte[136a]) sehen wir das gegen den Vater gerichtete und eine Verminderung seiner Dispositionsbefugnisse bezweckende Streben der Legislatur geradezu bei einer vollständigen Umwandlung der bisherigen Eigenthumsverhältnisse anlangen. Das älteste Quellenzeugniss, welches uns von der schon vollendeten und wahrscheinlich im Wege einfacher Usualinterpretation bewirkten Veränderung des früheren Zustandes Kunde giebt, ist die bekannte und umfangreiche *oratio* Kaiser Valentinian's III. vom 6. November 426.[137]). Darnach haben die haushörigen Kinder nicht allein an dem eigentlichen Muttergute (*L. 9. pr. C. Th. de bon. matern. VIII. 18.*) und dem von den mütterlichen Ascendenten an sie gekommenen Vermögen (*L. un. init. C. Th. de bon. quae fil. ex matrim. VIII. 19.*) nach dem bereits geltenden Rechte die Proprietät

---

die mütterliche Erbschaft immer noch dem Vater durch das Kind erworben wurde; denn es wäre augenscheinlich den Worten Zwang angethan, wollte man das „*acquirebant*“ bloss auf einen vom Eigenthume gesonderten Niessbrauch deuten. — Ja, noch *L. 7. C. Th. eod.* v. J. 395 zeigt so deutlich, als man es nur verlangen kann, dass damals die Proprietät an den Adventicien den Kindern keineswegs zustand, indem ihnen dieselben [gerade wie in *L. 1. cit.* „*cum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos* (*maternum patrimonium*) *et sine cuiusquam consortio placuit*“] bei dem Tode des Vaters erst besonders als Voraus zugewiesen werden „*ita defuncto eo filio filiaeue praecipua computentur, nec ab illis, qui ex patre sunt, consortibus uindicentur*“; eine Anordnung, die sich ja ganz von selbst verstand, wenn die gewöhnliche Meinung die richtige ist. Auch hinsichtlich der *L. 7. cit.* ist es wieder nicht ohne Interesse, die durchaus veränderte Ausdrucksweise der *Lex. Rom. Burg. Tit. XXII. init.* („*patri nullatenus acquirantur*“) zu vergleichen, s. ferner Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 191. Anm. 28.

136a) Irrthümlich schreibt Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 191. Anm. 28. diese Veränderung erst dem Kaiser Justinian zu, wenn gleich der buchstäbliche Sinn seiner Aeusserung trotzdem richtig bleibt.

137) Die einzelnen aus dieser *oratio* uns im Theodosischen Codex erhaltenen Bruchstücke sind angegeben bei Hänel in der Note zu *L. 9. C. Th. cit. p. 799.*

besessen, wogegen der Vater lediglich den Niessbrauch an diesen Objecten beanspruchen darf[138]), sondern es soll in Zukunft auch hinsichtlich alles dessen eben so gehalten

---

[138]) *L. 9. pr. C. Th. cit.* „*Si uxor intestata defecerit superstitibus communibus filiis in patria potestate degentibus, utitur maritus prisco beneficio iuris ac legum circa usumfructum retinendum* . . .“ Allerdings ist bereits in *L. 3. C. Th. eod.* von den Vätern bezüglich der neuen Verordnungen über das Muttergut gesagt „*qui, quoniam in his usufructuarii remansisse uidentur, usurpare ea ac peruertere confidunt* . . .“ Allein man hat an diesem Ausdrucke keinen Anstoss zu nehmen; er soll gar nicht jenes *ius in re aliena* bezeichnen, neben welchem freilich ein Eigenthum bei dem Nutzniesser undenkbar wäre; er deutet nur an, dass das Eigenthum des Vaters hier materiell zu einem blossen Niessbrauchsrechte herabgesunken ist, seine Stellung ihm keine grössere Berechtigung als etwa die des Usufructuars gewährt. In diesem Sinne ist schon in *L. 1. C. Th. cit.* von einer „*potestas quidem et ius fruendi rebus liberorum*“ einem „*fruendi pontificium*“ die Rede. Dass wir es dabei mit juristisch nicht ganz scharf abgegrenzten Begriffen zu thun haben, erkennt übrigens schon Witte (a. a. O. p. 9 „*Huius quidem iuris initia ambigua aliquatenus, nec prorsus fuisse finita, concedo*“) an, nur legt er ein zu grosses Gewicht zu Gunsten der hier bekämpften Meinung auf die Worte „*tertiam partem custoditae sibi rei muneris causa parenti offerat*“; er übersieht, dass vorhergeht „*suaeque rei dominus effectus*“, also erst jetzt diese Rechtsveränderung eingetreten ist, die dem Sohne ein „*offerre*“ möglich macht. Der Erwerb *iure patrio* ist eben nicht mehr wie in alten Zeiten ein definitiver; er dauert nur so lange, als die *patria potestas* besteht; mit deren Untergange greift das Recht der Kinder ohne Weiteres wieder Platz. Dass nun in *L. 9. C. Th. cit.* der Ususfructus wieder in seiner alten streng juristischen Bedeutung als *ius in re aliena* zu verstehen ist, ergiebt sich ohne Weiteres aus der ebenfalls jener gedachten *oratio* angehörigen *L. un. C. Th. cit.* „*Cum uenerandae leges uetuerint, patribus iure potestatis conquiri, quidquid eorum filiis auus, auia, proauus, proauia, alio modo a linea materna uenientes quocunque titulo contulissent, hoc quoque conuenit obseruari, ut quidquid uel uxor marito non emancipato, uel maritus uxori in potestate positae quocunque titulo uel iure contulerit, siue transmiserit, hoc patri nullatenus acquiratur, atque ideo in eius tantum, cui delatum est, iure durabit*“; und zwar soll damit nicht etwa dem Vater auch der Niessbrauch abgesprochen werden (wo dann allerdings der Schluss von den letzten Worten auf die Bedeutung des im Vordersatze stehenden „*conquiri*“ minder sicher wäre), wie theils die *interpretatio* zu dieser Stelle („*id ad patris dominium minime pertinebit*“), theils die Declaration in *L. 2. C. I. de bon. quae lib. VI. 61.* („*fructu tamen solo atque usu parentibus deputato*“) v. J. 428 hinlänglich beweist.

werden, was dem Hauskinde von seinem Ehegatten irgend wie zugefallen ist (*L. un. C. Th. cit.*). Zugleich finden sich specielle Bestimmungen über die Succession in jene Gütercomplexe. Zu Gunsten der Descendenten der Haushörigen, die allen anderen darin vorgehen, tritt eine förmliche Erbfolge ein[139]) (*L. 10. §. 2. C. Th. de bon. matern. Nou. Theod. XIV. §. 8. ed. Haenel*) die indessen den Niessbrauch des Vaters, sofern nur die Enkel u. s. w. in seiner Gewalt stehen, gar nicht berührt. Sind keine Descendenten vorhanden, so empfängt letzterer das seinen Kindern bis zu ihrem Tode zugehörende Eigenthum, jedoch nicht *iure hereditatis,* sondern *iure peculii*[140]), verliert dasselbe aber wieder an die Ge-

[139]) Sind die Descendenten in der Gewalt des Grossvaters, so bleibt es mindestens durchaus beim Alten *L. 10. §. 2. cit.* „*Quod si filius filiaue exstantibus liberis adhuc positi in potestate defecerint, portionis eorum totius solum usumfructum morientis retentet, nepotibus, id est defuncti filiis, proprietate seruata.*“ Der Vater hat also nach wie vor den Niessbrauch, die Descendenten behalten das Eigenthum; es ist mithin nicht abzusehen, welches andere Verhältniss als Erbgang hier vorliegen könnte. Für den Fall, dass die Enkel nicht in der Gewalt des Grossvaters stehen, besitzen wir sogar ein ausdrückliches Zeugniss in den folgenden Worten unserer Stelle „*Si uero nepotes tempore mortis maternae extra aui sint potestatem, ipsi illico in patris sui matrisue successionem uocentur.*“ Wenn hiernach der Grossvater den Niessbrauch verliert, denn das soll doch wohl jenes „*illico*“ sagen, so zeigt sich darin eine blosse Consequenz aus dem in der vorigen Anmerkung entwickelten Principe. Aus eben dem Grunde halte ich es auch nicht für nothwendig, mit Gothofredus in dem vorher abgedruckten Satze „*positis*“ statt „*positi*“ zu lesen. Es ist das eine Conjectur, die bei der Einstimmigkeit aller bekannten Handschriften (vgl. *Haenel, ad h. l. not. v.*) schon ihr Bedenkliches hat; und dann kann von einem „*retentare usumfructum*“ doch bloss dann die Rede sein, wenn auch die Kinder in väterlicher Gewalt waren. Ungenau bleibt die Fassung jener Worte freilich immer.

[140]) *Nou. Theod. XIV. §. 8. (ed. Haenel.)* „*Quod autem scitis prioribus continetur, nec a filia, quae in potestate est, donationem ante nuptias patri, nec a filio dotem acquiri, eo addito confirmamus, ut, defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis exstantibus moriantur, ad liberos eorum eadem res iure hereditatis, non ad patrem iure peculii transmittatur . . .*“ Offenbar wird hier der Anfall an den Vater als nur *iure peculii* möglich gedacht, und eben deshalb dürfen wir, wofür freilich auch sonst schwerlich ein Grund ausfindig zu

schwister des Verstorbenen, sobald er zu einer zweiten Ehe schreitet. — In einer Verordnung von Leo und Anthemius aus dem Jahre 469 (*L. 4. C. de bon. q. lib. VI. 61.*) wurde diess Erbrecht für einen Fall theils noch genauer bestimmt, theils (so scheint es wenigstens) weiter ausgedehnt. Die den Hauskindern von ihren Ehegatten gemachten Zuwendungen nämlich und sonstigen *lucra nuptialia* sollen sich, wie das schon bisher Rechtens war, zunächst auf deren Descendenten vererben; und zwar soll der Vater (und darin dürfte unser Gesetz über die früheren Grenzen dieser Erbfolge hinausgehen) ebensowohl durch diejenigen unter ihnen, welche aus einer anderen, als durch diejenigen ausgeschlossen werden, welche aus eben der Ehe stammen, die zu dem fraglichen Erwerbe Veranlassung gab. Damit ist nun natürlich nicht gesagt, dass beide Arten von Abkömmlingen neben einander succedieren; vielmehr haben beide wohl vor dem Vater, übrigens aber den gewöhnlichen Regeln gemäss die letzteren vor den ersteren den Vorzug. Ja, selbst wenn nach dem Tode des ursprünglichen Erwerbers der gedachten Güter eines seiner Kinder aus der Ehe, aus welcher auch diese herrühren, ohne eigene weitere Descesdenz verstirbt, gelangt dessen Antheil an den *lucra nuptialia* in erster Reihe an seine Vollgeschwister und erst in zweiter Linie an die Halbgeschwister. Sind auch deren nicht vorhanden, so fällt jenes Vermögen dem Vater heim[141]). — Genau einen Monat

machen sein möchte, diese Aeusserung keineswegs auf die *lucra nuptialia* beschränken, deren unsere Stelle ausschliesslich gedenkt, sondern haben, was dort von diesen gesagt ist, gleicherweise hinsichtlich der *bona materna* anzunehmen.

[141]) Der Grund für den Vorzug der vollbürtigen vor den halbbürtigen Geschwistern, den das damalige Recht sonst noch nicht kennt, liegt hier in dem Bestreben, die *lucra nuptialia* den Kindern der Ehe zu erhalten, aus welcher das Vermögen sich herschreibt. Allerdings ist die gewöhnliche, ja schon die Justinianische (s. *L. 11. C. commun. de succ. VI. 59.*) Auffassung der *L. 4. C. cit.* eine von der unsrigen durchaus abweichende. Darnach hätte Leo und Anthemius die Succession in die *lucra* nicht bloss den Descendenten des ersten Erwerbers, sondern auch seinen Geschwistern vor ihrem Vater zugestanden, und bezüglich der Geschwister den Vorrang der vollbürtigen vor den halbbürtigen festgesetzt. Wir

später[142]) ergieng eine anderweitige Constitution der ge-

---

haben dem gegenüber unsere Auslegung zuvörderst zu vertheidigen. Das ist nun allgemein eingestanden, dass in dem ersten Satze der Constitution, der mit „*fuerint deuolutae*“ endet, bloss von der Vererbung in der absteigenden Linie gehandelt wird. „*Eo uidelicet obseruando*“ fährt dann der Gesetzgeber fort; eine Redewendung, die ganz an ihrem Platze ist, wenn es sich nur um eine genauere Darlegung eines einzelnen Punktes in dem bisher Gesagten fragt, die aber unmöglich den Uebergang zu etwas ganz Neuem, wie es die Ertheilung eines Erbrechtes an einzelne Personen in der Seitenlinie wäre, kann vermitteln sollen; „*ut morientium fratrum sororumue portiones*“; war der Verstorbene eben der Ehegatte, an den die *lucra nuptialia* von seinem Gatten gekommen sind, wie das bei der gegnerischen Interpretation angenommen wird, so ist von einer *portio* bei ihm nicht zu sprechen; er hinterlässt vielmehr das Ganze; „*qui quaeue ex eodem matrimonio progeniti uel progenitae sunt*“; das *idem matrimonium* müssen unsere Widersacher übersetzen „eine und dieselbe Ehe“, wo dann freilich gar kein innerer Grund abzusehen ist, warum eben hier und sonst nirgends die vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen zur Erbfolge gelangen, warum hier auch die *uterini*, welche sonst ganz unberechtigt sind, einen Successionsanspruch erhalten; nun ist aber schon vorher von einem *idem matrimonium* die Rede, „*etiamsi ex eodem matrimonio procreati non sint, ex quo eaedem res ad parentes eorum, qui quaeue in potestate sunt, fuerint deuolutae*“; soll nun der nach wenig Worten wiederkehrende Ausdruck hier und dort eine verschiedene Bedeutung haben? Wir werden also doch wohl auch das zweite Mal die Ehe darunter verstehen müssen, aus der die *lucra nuptialia* herrühren; dann aber kann bei den „*morientium fratrum sororumue portiones*“ unstreitig nicht an Geschwister des Lucranten gedacht werden. So steht die gewöhnliche Meinung über den Inhalt unserer Stelle weder mit dem Texte derselben, noch mit dem in rechtem Einklange, was die Natur der Sache wie der systematische Zusammenhang des Ganzen zu erfordern scheinen. Anders nach der obigen Interpretation, wo namentlich das „*eo obseruando*“ sich einfach aus dem zwar nicht ausgesprochenen, dem Gesetzgeber aber wohl vorschwebenden Gedanken erklärt, dass von den Descendenten des ersten Erwerbers die der Ehe entsprossenen, „*ex quo eaedem res ad parentes eorum fuerint deuolutae*“ vor den übrigen den Vorzug verdienen; war diess doch eben Vorschrift der bereits existierenden Gesetze, verstand sich daher auch ohne specielle Erwähnung von selbst, und ist es doch nur eine weitere Anwendung dieses Gedankens, wenn es dann heisst, die Abkömmlinge aus jener Ehe sollten sich auch unter einander in den genannten Gütercomplexen ausschliesslich succedieren. Die einigermassen auffallende Wendung „*ad parentes eorum, qui quaeue in potestate sunt*“ bezweckt nur, den Satz in Erinnerung zu bringen, dass das Gesagte einzig dann Geltung

nannten Kaiser, welche eine Intestaterbfolge sogar auf dem Gebiete des *peculium quasi castrense* einführte (*L. 34. C. de episcop. et cler. I. 3.*). Der Erwerb, welchen Bischöfe, Presbyter und Diaconen in ihrer geistlichen Stellung machen, wird dort, selbst wenn sie letztwillig nicht darüber verfügt haben, ihren Kindern *ab intestato* zugewiesen[143]). Indessen

---

hat, wenn die ferneren Descendenten noch in väterlicher Gewalt stehen, wogegen den *emancipati* u. s. w. ja gleich auch der Niessbrauch an jenem Vermögen zusteht (vgl. Anm. 138. 139.). — Uebrigens ist diese Erklärung der *L. 4. cit.*, wenn gleich heutzutage, wie es scheint, völlig unbekannt, so doch in der Hauptsache nicht neu, sondern bloss in Vergessenheit gerathen. Schon die Glosse *ad L. 4. cit. u. non sint* giebt den Inhalt der Constitution endlich dahin an, „*et sic frater auo defuncti praefertur per haec iura*" und fügt zu den Worten „*qui quaeue ex eodem matrimonio*" hinzu „*ex quo lucrum peruenit ad filios*", allerdings ohne auf den Widerspruch der *L. 11. C. comm. de succ.* zu dem vorliegenden Erlasse irgend wo näher einzugehen. Schon die Postglossatoren wenden dieser Auslegung freilich den Rücken, so vor Allen Vivianus im Casus zu *L. 4.;* ferner Bartolus, Baldus, Petrus de Bellapertica, Paulus Castrensis, sämmtlich in ihren Codexcommentaren *ad L. 4. cit.* u. A. m.

[142]) *L. 4. cit.* ist datiert *a. d. V. Kal. Martias*, *L. 34. cit. a. d. V. Kal. Apriles* und beide sind v. J. 469; vgl. Herrmann in seiner Ausgabe des Codex zu *L. 34. cit.* Anm. 21.

[143]) *L. 34. cit.* „*Sacrosanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque . . . ea, quaecunque in eodem clericatus gradu locoque uiuentes acquirere et habere potuerint, etiamsi in patris auique aut proaui potestate constituti sint, et adhuc superstites habeantur, tamquam bona propria uindicent; de his, si quando eis libitum fuerit, testandi uel donandi, uel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa, ut ea bona quoquo tempore nunquam fratribus uel sororibus aut ex his genitis conferantur, sed ad eorum filios, posteros et quoscunque extraneos heredes perueniant, nec a patribus, auis aut proauis, sed ab ipsorum liberis tamquam praecipua uindicentur. Et certe his lucro cedant, quibus ipsi id peculium uel inter uiuos alienatione habita uel mortis tempore ultima et iure cognita uoluntate concesserint.*" Bei einem oberflächlichen Blicke auf die Worte dieser Stelle kann man zweifeln, ob hier auch der Intestaterbfolge Erwähnung geschähe, da sie nicht ausdrücklich genannt ist. Dennoch muss man sie in dem Satze „*sed ad eorum filios, posteros et quoscunque extraneos heredes perueniant*" mit einbegriffen erachten, da ohne diess der Ausschluss der Collationsverbindlichkeit, welche zu damaliger Zeit hinsichtlich der testamentarischen Erbfolge noch nicht Statt hatte, ohne allen Sinn sein würde. Dem entsprechend heisst es in den

ist diess das einzige Beispiel einer solchen Rückwirkung des Rechtes der Adventicien auf das quasicastrensische Peculium geblieben. — Wenn die Datierung der in unsere Materie einschlagenden Justinianischen Constitutionen authentisch ist, so muss sich in der Praxis nach und nach neben dem Erbrechte der Descendenten auch ein solches der Geschwister des Hauskindes in dessen Adventicien ausgebildet haben, sei es, dass man dabei von einer irrthümlichen Auffassung der *L. 4. cit.* ausgieng, sei es, dass man ohne einen derartigen äusseren Anhalt selbständige Gesichtspunkte verfolgte. Genug, in *L. 7. §. 1. C. ad Sc. Tertull. VI. 56.* macht der Kaiser augenscheinlich die Voraussetzung, dass die Geschwister des *filiusfamilias* den Hausvater von der Hinterlassenschaft[144]) desselben ausschliessen; mit ihnen gemeinschaftlich soll dann die Mutter succedieren, mit Brüdern zu einem Kopftheile, mit Schwestern zur Hälfte, während dem Vater sein bisheriger

---

Basiliken *Lib. III. Tit. 3. c. 8.* (*ed.* Heimbach, *Tom. I. p. 112*): *ἀλλ' οἱ παῖδες αὐτοῦ λαμβανέτωσαν αὐτά, κἂν μὴ διαθέμενοι τελευτήσωσιν.*

[144]) *L. 7. §. 1. C. cit.* „*Sin uero defuncta persona in sacris patris constituta decesserit, pater quidem usumfructum, quem et uiuente filio habebat, teneat, donec uiuat, incorruptum, mater autem, quia hunc usumfructum habere uiuente patre non potest, totum apud patrem constitutum, una cum fratribus defunctae personae ad proprietatem uocetur, scilicet cum sororibus sola in dimidiam, cum fratribus uel promiscui generis secundum supradictam distributionem in uirilem portionem.*“ Eine Aufhebung dieses Successionsanspruchs durch *L. 11. C. cit.* hat man um so weniger anzunehmen, als derselbe offenbar, wie überhaupt die Tertullianischen Rechte, bedingt erscheint, und zwar durch das Vorhandensein von Descendenten, die der Ausübung des Heimfallsrechtes von Seiten des Vaters im Wege stehen. Indem nämlich also die mütterliche Erbesberufung eine bloss secundäre Bedeutung erhält, kann man aus dem einfachen Stillschweigen über sie an einem Orte, wo es zunächst nur auf die Regulierung des jene bedingenden Erbrechtes der Kinder gegenüber dem Vater ankam, sicher nicht auf die Absicht schliessen, diese Delation überhaupt zu beseitigen. S. auch v. Löhr. a. a. O. p. 106. v. Vangerow, a. a. O. p. 40, welcher letztere hierfür noch die unveränderte Aufnahme der *L. 7. §. 1.* in den Codex geltend macht; ein Grund, der auch der *L. 13. C. de legit. hered. VI. 58.* gegenüber durchschlagend erscheint (vgl. unten p. 188). Anderer Meinung ist freilich die Glosse *u. in totum* zu *L. 13. C. cit.* D. Gothofredus in den Noten zu dieser Stelle; s. dag. auch v. Vangerow, a. a. O. p. 43.

Niessbrauch vorbehalten bleibt; und doch bestimmt Justinian erst im folgenden Jahre 529 (*L. 11. C. comm. de success. VI. 59.*), dass, wie schon früher es mit den *lucra nuptialia* der Kinder (wohl zu unterscheiden von den eigenen der Eltern)[144a]) gehalten worden sei, von jetzt ab auch in den *bona materna* die Geschwister des Verstorbenen seinem Vater vorzugehen hätten. — Wenige Wochen später wurde das Recht der *bona materna* und *lucra nuptialia*, wie in Bezug auf die Proprietäts- so hinsichtlich der Erbverhältnisse (*L. 6. §. 1. C. de bon. q. lib. VI. 61.*) auf alles Uebrige, mit einziger Ausnahme der zu den castrensischen oder quasicastrensischen Peculien gehörigen Gegenständen, erstreckt, was nicht von dem Vater an das Hauskind gelangt war, und zugleich das *praemium emancipationis*, welches ehemals in dem Eigenthume an einem Drittel dieser Objecte bestanden hatte (vgl. oben p. 174), auf den Niessbrauch an der Hälfte ermässigt (*L. 6. §. 3. C. cit.*). — Eine weitere Bestimmung in Betreff der Erbfolge in jene Güter dürfen wir vielleicht demselben Jahre zuschreiben[145]).

144a) Ueber letztere s. unten §. 16. Anm. 51 ff.

145) *L. 3. C. de bon. q. lib.* „— *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre quam auo paterno diem suum sine liberis obierit, eorum dominium, quae ad ipsum ex matre uel ab eius linea peruenerint, non ad auum, sed ad patrem eius perueniat, usufructu uidelicet in huiusmodi casibus auo, dum superstit, reseruando.*“ Der Anfang dieser Constitution ist aus der *Nou. Theodos. Tit. XIV. §. 8. (ed. Haenel)* entlehnt, welche jedoch von den hier mitgetheilten Worten nichts enthält. Wir haben es also ohne allen Zweifel mit einer Justinianischen Interpolation zu thun. Fraglicher bleibt es, ob diese Textveränderung lediglich eine Neuerung Justinian's enthält, oder ob sie aus einer Verschmelzung verschiedener Gesetze entstanden ist. Nur unter jener und unter der weiteren Voraussetzung, dass *L. 3. cit.* ihre jetzige Gestalt schon bei der ersten Redaction des Codex erhalten habe, lässt sich das Jahr 529 als dasjenige betrachten, in dem unsere Bestimmung ins Leben trat. — Uebrigens bietet uns die Stelle, diess mag im Vorübergehen bemerkt werden, einen recht deutlichen Beweis dafür, wie man im Justinianischen Rechte den älteren Satz, wonach der bei Lebzeiten des Kindes *iure patrio* gemachte Erwerb nur so lange dauere, als dieses selbst (s. Anm. 138. 139.), nicht mehr in voller Consequenz festhielt, indem es nach *L. 3. cit.* augenscheinlich gleichgültig ist, ob der erbende Vater selbst sich in *patria potestate* befindet oder nicht.

Darnach kann der Grossvater das Heimfallsrecht gegen die Adventicien der in seiner Gewalt stehenden Enkel, abgesehen von dem Vorhandensein von Descendenten oder Geschwistern des Peculieninhabers, auch dann nicht ausüben, wenn der Vater desselben noch lebt, indem diesem nunmehr ein näherer Successionsanspruch auf jenes Vermögen gegeben wird (*L. 3. C. eod.*). Endlich findet sich im *Pr. I. Quib. n. est perm. II. 12.*[146]) eine, freilich ziemlich versteckte, Anordnung einer

[146]) *Pr. I. cit.* „*Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerunt. Si uero intestati decesserint, nullis liberis uel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit.*" Die Erwähnung der neuen Intestaterbfolge in einem blossen Zwischensatze erklärt es dann auch, wenn schon manche Aeltere (s. z. B. *Vinnius, Comm. in Inst. ad h. l. Nro. 4. p. 320.*) in diesen Worten lediglich eine Wiederholung des durch frühere Constitutionen ausdrücklich Angeordneten erblickten, oder wenn die ganze Neuerung wie u. A. von Löhr, a. a. O. p. 107, vollständig übersehen ward, wozu freilich bei ihm noch ein Missverständniss der *L. 6. pr. C. de bon. q. lib.* „*in his enim nihil innouamus, sed uetera iura intacta seruamus*" hinzukam; denn dieser Satz redet keinesweges von dem gesammten Rechte des *peculium castrense*, sondern einzig davon, dass dem Vater daran nicht wie bei den Adventicien der Niessbrauch zustehe; vgl. bes. Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 192. Anm. 31. v. Vangerow, a. a. O. p. 42. — Völlig verfehlt ist endlich die Meinung, welche Löhr unter Zurücknahme des oben gerügten Irrthumes schliesslich im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. X. p. 162 ff., und in sein. Magaz. Bd. IV. p. 542 f. aufstellt. Darnach giengen *iure peculii* nur die vom Vater herrührenden Gegenstände des castrensischen Peculiums an ihn zurück, die von aussen her empfangenen fielen dagegen nach Erbrecht an die Descendenten und Geschwister des Verstorbenen; diess sei eine nothwendige Folge des allgemeinen Grundsatzes, dass aller Erwerb von aussen dem Kinde eigenthümlich gehören solle; im *pr. I. cit.* handle es sich daher nicht um die Einführung einer neuen Successionsordnung, sondern bloss darum, von jenem Principe auf den vorliegenden Fall Anwendung zu machen. — Dem gegenüber weist jedoch bereits Mühlenbruch, a. a. O., darauf hin, dass schon der Wortlaut der *L. 6. pr. C. cit.* mit einer solchen Auffassung in Widerspruch stehe. Es heisst dort ganz allgemein „*Exceptis castrensibus peculiis*" *etc.*, womit doch unmöglich bloss die *bona a patre quaesita* gemeint sein können, und ebenso wenig ist sonst irgend wo von einer derartigen Sonderung verschiedener Bestandtheile des *peculium castrense* die Rede; vgl. v. Vangerow, a. a. O. p. 41. Ja, ich vermag nicht einmal abzusehen, wie man eine solche Zerlegung als innerlich noth-

Intestaterbfolge in das *peculium castrense* zu Gunsten der Kinder und Geschwister des Haussohns. Erst nach ihnen kommt dasselbe *iure peculii*[147]) an den *paterfamilias*.

---

wendige und auffallender Weise nicht gezogene Consequenz der im Römischen Peculienrechte sich entwickelnden Grundsätze darstellen kann, ohne in ein durchaus unzulässiges Generalisieren zu verfallen.

[147]) Diess ist freilich bestritten. Einige behaupten, der Vater habe das Peculium damals bereits als Erbe erhalten. Der Grund aber, welchen z. B. *Vinnius, l. l. p. 320.*, für diese seine Meinung anführt, da das Recht der Descendenten und Geschwister des *filiusfamilias* ein Erbrecht gewesen sei, so müsse das Gleiche auch von dem Vater gelten, ist augenscheinlich eine blosse *petitio principii;* wenn ferner Rosshirt, a. a. O. p. 123., sich auf die Identität der in *L. 4. C. de bon. q. lib. VI. 61.*, für die Succession des Vaters und der Descendenten des Verstorbenen gebrauchten Ausdrücke beruft, so bleibt dagegen zu erinnern, dass wir in jener Constitution lediglich eine Erweiterung der in *Nou. Theodos. Tit. XIV. §. 8.* gegebenen Bestimmungen vor uns haben, dass am letztgedachten Orte ausdrücklich die Erbfolge der Kinder und das Peculiarrecht des Vaters einander gegenüber gestellt werden, und dass man in den an sich indifferenten Worten *„perueniant — peruenire statuimus — percipere“* in *L. 4. C. cit.* gewiss nicht eine Abänderung der bisher hier geltenden Rechtssätze ausgesprochen finden kann. Das Argument bewahrt mithin seine volle beweisende Kraft, welches sich aus der Aufnahme der in Anm. 94. und p. 172 citierten Fragmente in die Digesten für die im Texte vorgetragene Ansicht ergiebt. Eine geringe Schwierigkeit verursacht dabei vielleicht noch der Wortlaut unserer Institutionenstelle *„ad parentes eorum iure communi pertinebit“*. Man sieht indessen bald, dass hier nicht die Erbfolge dem Erwerbe *iure peculii* gegenüber als *ius commune* bezeichnet wird, sondern dass umgekehrt der letztere für das *peculium castrense* das *ius commune*, die Erbfolge der Descendenten und Geschwister ein *ius singulare* bildet. In der That paraphrasiert denn Theophilus den obigen Satz „κοινῷ δικαίῳ ὡς οἱονδήποτε παγανικὸν πεκούλιον ἐπὶ τοὺς γονεῖς ἔρχεται“ — zugleich ein Beweis für die in der vorigen Note aufgestellte Behauptung, dass noch zu Justinian's Zeit von einer Zerlegung des *peculium castrense* keine Rede war, und ferner dass auch die Adventicien damals noch *iure peculii* nicht *hereditario* an den Vater kamen; heisst es doch nachher ausdrücklich, wenn die Kinder die ihnen durch die neueren Gesetze verliehenen Befugnisse unbenutzt liessen, so sei τοῖς παλαιοῖς χώρα νόμοις· vgl. auch Zimmern, Röm. R.-G. Bd. I. p. 697. *Schrader, Comm. ad Inst. p. 305. 306.* Nur der Unterschied besteht zwischen dem Anfalle des castrensischen und des *peculium aduenticium*, dass ersterer mit rückwirkender Kraft erfolgt, der letztere ohne solche.

b) Gegen das emancipierte Kind[147a]), welches keine *sui* hinterliess, hatte der Vater und respective Grossvater[148]) ein gesetzliches Intestaterbrecht als Quasipatron desselben (§. *8. I. de legit. agn. succ. III. 2. Theoph. Paraphr. ad h. l. L. 10. D. de suis et legit. 38. 16. cf. Vlp. XXVI.* §. *8. L. 2.* §. *15. 16. D. ad Sc. Tert. 38. 17. Gai. III.* §. *40.*). Nach dem prätorischen Edicte giengen ihm jedoch ausser den *sui* des Erblassers noch die übrigen in der Klasse *unde liberi* erbberechtigten Personen vor, wogegen er neben den *sui non naturales* einen Anspruch auf die Hälfte der Erbschaft bekam (*arg. Gai. III.* §. *41. Vlp. XXIX.* §. *1.*); und dem *extraneus manumissor* wurden die *decem personae* der beiden ersten cognatischen Grade vorgezogen[149]) (*Collat. Tit. XVI. cap. 9.* §. *2;* §. *3. I. de B. P. cf. L. 10. D. de suis et legit.*). Das Recht der Patrone auf eine *pars uirilis* von dem Vermögen des *libertus centenarius* scheint auf den *parens manumissor* nicht übertragen worden zu sein; wenigstens fehlt in unseren Quellen jede dahin abzielende Andeutung. Anders hinsichtlich des Anspruches auf den Kopftheil von der Habe der mit dem *ius liberorum* versehenen *liberta*, welcher den Patronen bekanntlich ebenfalls durch die *lex Iulia* und *Papia Poppaea* gegeben war (vgl. *Gai. III.* §. *42. 44.*). Dass diess Zuständniss auch dem Emancipanten eingeräumt wurde, geht aus *L. 3. C. Th. de legit. hered. V. 1.*, in welcher dasselbe erst zu Gunsten der Kinder der *filia*

[147a]) Vgl. *Mayer, De hereditate parentis manumissoris. Tubing. 1832. Francke, De manumissorum successione. Ienae 1835.*

[148]) Der Vater kann möglicher Weise in doppelter Eigenschaft zur Succession in das Vermögen seines emancipierten Sohnes gelangen, entweder als dessen *manumissor*, oder als Sohn des Quasipatrons, d. i. des emancipierenden Grossvaters, vgl. *Huschke, Studien p. 84. 85.*, wogegen übrigens die Geschwister des *emancipatus* kein Erbrecht gegen ihn als Kinder des Patrones geltend machen können *L. 1. C. comm. de succ. VI. 59.*, vgl. *Mayer, l. l. p. 32. 33.*

[149]) Darüber, dass die übrigen Erbklassen, welche das prätorische Edict zur Succession Freigelassener beruft, auf den *manumissor ex mancipio* keine analoge Anwendung leiden, s. Huschke, a. a. O. p. 87. 88.

emancipata aufgehoben wird, ziemlich deutlich hervor[150]). Die gleiche Begünstigung soll jedoch nach dem Inhalte unserer Constitution nicht minder dann eintreten, wenn die Mutter des *ius liberorum* entbehrte, wo natürlich ehemals der Frei-

---

[150]) Dass auch nach dem Erlasse des *Sc. Orphitianum* die Patrone die Virilportion von dem Nachlasse der *liberta* behielten (oder, wie Andere wollen, durch dasselbe erhielten), ist eine ziemlich durchgehende und auf positive Quellenzeugnisse (*L. 1. §. 9. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*) gestützte Annahme; vgl. z. B. Huschke, Studien p. 30. 31. Arndts, a. a. O. p. 676. Allerdings widerspricht Schilling, Bem. üb. Röm. R.-G. p. 382 f. Anm. 1069, derselben, jedoch bloss in Folge der falschen Beziehung, welche er, durch den Gegensatz von „*adcrescet*" und „*defertur*" verleitet, den Schlussworten des angeführten Digestenfragmentes giebt. Sie enthalten nicht ein Beispiel für das Wiedereintreten des *ius antiquum*, sondern umgekehrt eines, wo das *ius antiquum* wegen der Concurrenz anderweitig berufener Miterben ausgeschlossen blieb. Die Wahl des Ausdruckes „*patrono defertur*" erklärt sich ohne Zwang daraus, dass der Patron mit seinem Pflichttheilsrechte in einen gewissen Gegensatz zu den Kindern trat, und wegen der Ungleichartigkeit des beiderseitigen Erbrechtes der Jurist das „*accrescere*" vermied, wobei es hier noch einstweilen dahin gestellt sein mag, ob nicht vielleicht noch andere practische Verschiedenheiten, besonders hinsichtlich der Nothwendigkeit des Erwerbes der vacanten Portion, hier und dort sich finden. — Ein analoges Successionsrecht hatte nun der *parens manumissor. L. 3. C. Th. cit.* „*Quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus uuo uiuente contingat, intacta pro solido successio deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas . . .*" Die Verbindung, in welche hier das patronatische Erbrecht mit dem *ius liberorum* gebracht ist, weist denn doch zu deutlich auf die *lex Iulia* und *Papia Poppaea* hin, um nicht die Annahme im Texte genugsam zu rechtfertigen; s. auch Huschke, a. a. O. p. 31. Not. 12. Zwar haben Manche aus den mitgetheilten Worten der Stelle einen anderen Schluss gezogen: wenn die Mutter das *ius liberorum* gehabt, sei schon vor der *L. 3. C. Th. cit.* der *parens manumissor* durch ihre Kinder ausgeschlossen worden; vgl. z. B. Glück, a. a. O. p. 285. An positiven Anhaltspunkten für diese Meinung fehlt es jedoch ausserdem gänzlich, und auch unsere Verordnung lässt genau erwogen nur die Folgerung zu, dass bisher der Vater der Tochter ohne jenes Privilegium gegenüber grössere Rechte gehabt habe, als der mit dem Privilegium bewidmeten gegenüber. Demnach spricht doch wohl für die Behauptung im Texte eine bei weitem grössere Wahrscheinlichkeit.

lasser nicht schlechter gestellt sein konnte, als da, wo sie es besass[151]). So gehen die Kinder dem *parens manumissor* jetzt unbedingt vor, wie das bei dem *filius emancipatus* im Grunde schon nach dem Prätorischen Edicte Rechtens gewesen war. — Weitere wesentliche Umgestaltungen erlitt die quasipatronatische Erbfolge unter Justinian[152]); indem er in *L. ult. C. de emanc. VIII. 49.* die älteren Emancipationsformen beseitigte, und damit den *extraneus manumissor* unmöglich machte, konnte natürlich von einem Erbrechte des letzteren und folgeweise von der *b. p. unde decem personae* weiter keine Rede sein (*§. 4. I. de B. P. III. 9.*). Für den *parens manumissor* aber liess der Kaiser das bisherige Erbrecht hinter den Descendenten der Emancipierten ungeändert fortbestehen (*§. 6. I. quib. mod. p. p. solu. I. 12. §. 8. I. de legit. agn. succ. III. 2. §. 4. I. de B. P. L. 4. §. 25. C. de bon. libert. VI. 4.*)[153]); nur in einem Falle, wenn nämlich das emancipierte

---

[151]) Ueber diesen Punkt muss nothwendig das *Sc. Orphitianum* selbständige Festsetzungen getroffen haben, während für den ersten Fall, wenn die Mutter das *ius liberorum* hatte, wie wir mit Sicherheit glauben annehmen zu dürfen, der Senatsschluss das bereits bestehende Erbrecht des *parens manumissor* bloss conservierte.

[152]) In der Regel schreibt man noch der Anastasischen Constitution, welche den durch Rescript emancipierten Kindern die agnatischen Rechte vorzubehalten erlaubte, einen Einfluss auch auf die in Rede stehende Erbfolge zu. Vgl. z. B. v. Vangerow, a. a. O. p. 42. Ich glaube mit Unrecht, die *legitima iura* sollen gewahrt bleiben; ein gesetzliches Erbrecht hatte aber der Vater gegen das in *potestate* befindliche Kind bis zur Novellengesetzgebung jedenfalls nicht (vgl. oben Anm. 147); daher musste denn das gedachte Gesetz ohne Einwirkung auf die väterliche Succession bleiben. Selbst der Wortlaut der *L. 11. C. de legit. hered. VI. 58.* „. . . *eadem iura tam emancipato uel emancipatae contra personas alias hoc modo sibi coniunctas, quam aliis itidem contra eum uel eam* . . .“ scheint den Emancipierenden auszuschliessen. — Darin irrt freilich bereits Thaleläus, *Schol. Basil. 45. 1. c. 47. Nro. 2.*, der hier ganz verkehrter Weise die *b. p. unde liberi* (statt der *unde legitimi*) nennt.

[153]) Restituiert aus dem Veronesischen Palimpsest „*Σώζεσθαι γε μὴν καὶ τῷ τὸν ὑπεξούσιον ἢ τὴν ὑπεξουσίαν ἔχοντι, καὶ τοῦτον ἢ ταύτην ἐλευθερωκότι τὸ πατρωνικὸν δίκαιον, ὅπερ καὶ πρόσθεν εἶχεν θεσπιζόμενον, ὡς, εἰ ἀδιάθετος καὶ ἄπαις ὁ ἐλευθερωθεὶς τελευτήσειεν ἢ γράψας ἐξωτικοὺς κληρονόμους, ἢ εἰς τὸ πᾶν ἐξ ἀδιαθέτου ἢ πρὸς τὸ τετραούγκιον κατὰ τῆς διαθήκης ὁ ἐλευθερώσας κληθείη, ὡσανεὶ 'δοκούσης contracta fiducia τῆς*

Kind Vater, Mutter und Geschwister hinterliess, empfiengen letztere die gesammte Erbschaft und hatten an beide erstere bloss den Niessbrauch je eines Drittels derselben abzugeben (*L. 7. §. 1. C. ad Sc. Tertull. VI. 56.*)[154]). Endlich wurden nach einer Constitution v. J. 532 (*L. 13. C. de legit. hered. VI. 58.*) die Geschwister auch abgesehen von der Concurrenz der Mutter dem Vater des Emancipatus in Bezug auf die Proprietät der Erbgüter vorgezogen, und einzig auf den Ususfructus derselben hatte jener noch Anspruch zu machen (vgl. auch *L. 2. C. ad Sc. Tert. VI. 56. „sine liberis et fratribus et sororibus“* und dazu *Mayer, l. l. p. 22 sq.* ferner §. *10. I. de grad. cogn. III. 6.*). —

Diess war der Stand des Römischen Intestaterbrechtes, als Justinian i. J. 543 die Novelle 118 (113 im Authentikum)[154a]) erliess und als einzigen Successionsgrund unter den verschiedenen Arten der Verwandtschaft die Cognation[154b]) anerkannte, ohne Rücksicht auf das Geschlecht

emancipationis γεγενῆσθαι.“ Die Adoptivkinder des Freigelassenen werden dagegen durch den *patronus* vollständig ausgeschlossen (*L. 4. §. 22. C. cit.*) und diess hat man ohne Zweifel auch auf den *parens manumissor* zu übertragen. A. M. *Mayer, l. l. p. 34. 35.*

[154]) Vgl. oben Anm. 110. 144. Darüber, dass die Mutter mit ihrem Tertullianischen Rechte dem *extraneus manumissor*, und wäre es selbst der Adoptivvater des Emancipierten, vorgeht, vgl. oben Anm. 95.

[154a]) Vgl. Glück, a. a. O. §. 146. p. 547 ff. Rosshirt, a. a. O. p. 280—295. Hunger, a. a. O. §. 121. p. 394 ff. Mayer, a. a. O. §. 73. 74. 75. Arndts, a. a. O. p. 679—682. Vering, a. a. O. p. 644 ff. Ortloff, Justinian's neue Verordnungen über die Intestaterbfolge. Coburg 1816. Eine sehr ausführliche, mit umfassender Polemik ausgestattete Darstellung des Justinianischen Intestaterbrechtes giebt *Arn. Rotgersius, Commentarii de successione legitima imprimis secundum dispositionem Nov. 118.* (bildet den ersten Band seiner *apodicticae demonstrationes iuris Rom. Lugd. Bat. 1727.*).

[154b]) So lautet schon die Ueberschrift der Novelle *Διάταξις ἀναιροῦσα τὰ adgnatica δίκαια καὶ τυποῦσα τὰς ἐξ ἀδιαθέτου κλήσεις* oder nach dem *index reginae: περὶ ἰσότητος ἀδνατικῶν καὶ κογνατικῶν* (*Heimbach, Anecdota II. p. 243.*). Dasselbe geht aus dem Prooemium der Novelle hervor; Justinian ist mit den alten Gesetzen, *„δι᾽ ὧν οὐ δικαίως διαφορὰ τῆς ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχῆς μεταξὺ τῶν συγγενῶν ἐξ ἀῤῥένων τε καὶ θηλειῶν εἰςενήνεκται“* eben wegen dieses Unterschiedes zwischen agnatischer und cognatischer Erbfolge unzufrieden: er will deshalb die gesammte ver-

des berufenen Erben[155]), ohne Unterschied, ob die Familienangehörigkeit durch Männer oder Weiber vermittelt wird[156]), und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradzahl[157]).

---

wandtschaftliche Succession nach klarer und einfacher Grundlage neu ordnen „*ἀναγκαῖον εἶναι συνείδομεν, πάσας ὁμοῦ τὰς ἐξ ἀδιαθέτου τῆς συγγενείας διαδοχὰς διὰ τοῦ παρόντος νόμου σαφεῖ καὶ συντόμῳ διαιρέσει διατυπῶσαι*“ und hebt zu dem Ende das gesammte bisherige Intestaterbrecht der Verwandten mit einem Schlage auf „*ὥστε τῶν προτέρων νόμων ὑπὲρ ταύτης τῆς αἰτίας τεθειμένων ἀργούντων, τοῦ λοιποῦ ταῦτα μόνα παραφυλάττεσθαι, ἅπερ νῦν διατυποῦμεν*“, und nun wird der neuen Erbordnung die Eintheilung der Verwandten in Descendenten, Ascendenten und Collateralen, also ein rein natürlich cognatisches Princip zu Grunde gelegt, und in *c. 4.* heisst es überdiess noch ausdrücklich „*ἐπὶ πασῶν τῶν διαδοχῶν τὴν τῶν agnatων τε καὶ cognatων διαφορὰν ἀργεῖν κελεύομεν, εἴτε διὰ θῆλυ πρόσωπον, εἴτε δι' ἐμαγκιπατίωνα ἢ ἕτερον οἱονδήποτε τρόπον τοῖς προτέροις ἐτρακταΐζετο νόμοις, καὶ πάντας δίχα τινὸς τοιαύτης διαφορᾶς κατὰ τὸν τῆς ἰδίας συγγενείας βαθμὸν εἰς τὴν ἐξ ἀδιαθέτου τῶν συγγενῶν διαδοχὴν ἐλθεῖν κελεύομεν.* Wenn wir demnach einerseits nicht in Zweifel sein können, dass Justinian hier eine radicale Umgestaltung des Bestehenden beabsichtigte, so sind auf der anderen Seite die Grenzen nicht zu verkennen, auf welche die Tragweite des vorliegenden Gesetzes beschränkt sein sollte: es handelt sich einzig um das auf der Familienangehörigkeit beruhende Intestaterbrecht. Ob diese Abgrenzung sachlich überall möglich ist, muss freilich mehr als fraglich erscheinen. Vgl. besonders unten Anm. 157a.

[155]) *Nov. 118. c. 4.* „*Οὐδεμίαν δὲ εἶναι βουλόμεθα διαφορὰν ἐν οἱᾳδήποτε διαδοχῇ ἢ κλερονομίᾳ μεταξὺ τῶν πρὸς τὴν κληρονομίαν καλουμένων ἀῤῥένων ἢ θηλειῶν, οὓς πρὸς τὴν κληρονομίαν κοινῶς ὡρίσαμεν καλεῖσθαι. . .*“

[156]) S. die oben Anm. 154. aus *cap. 4.* der Novelle angeführten Worte.

[157]) *Nov. 118. c. 3. §. 1.* „*Εἰ δὲ μήτε ἀδελφοὺς μήτε παῖδας ἀδελφῶν, ὡς εἰρήκαμεν, ὁ τελευτήσας καταλείψει, πάντας τοὺς ἐφεξῆς ἐκ πλαγίου συγγενεῖς πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦμεν κατὰ τὴν ἑνὸς ἑκάστου βαθμοῦ προτίμησιν. . .*“ Unsere neueren Juristen übersehen es regelmässig, dass Justinian mit dieser Neuerung überhaupt den alten Begriff der Cognation verlässt, von welcher es in *L. 4. pr. D. de gradib. 38. 10.* heisst „*Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum uitam consistere non patitur*“ (vgl. oben Anm. 81.). Löbenstern hat demnach so unrecht eben nicht, wenn er (Giess. Zeitschr. Bd. IX. p. 215 ff.) behauptet, der Kaiser habe seine neue Erbordnung nicht auf den Cognationsbegriff, sondern nur auf das Descendenten-, Ascendenten- und Collateralen-Verhältniss basiert, wofür sich allenfalls auch die Schlussworte des Prooemiums der Novelle noch besonders anführen lassen.

Damit wurde dann das Erbrecht des ***parens manumis-***

Es ist ferner unhaltbar, wenn v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 411. Anm. sowie Büchel, Streitfragen aus *Nov. 118. p. 2—17.* s. bes. p. 12 ff. meint, Justinian habe so bestimmt wie möglich seinen Willen ausgesprochen, neue Normen über die Cognaten-Succession aufzustellen. Er bedient sich vielmehr in der Novelle überall des Ausdrucks *συγγενεῖς*, welcher neben dem lateinischen *agnati* und *cognati* ebenso indifferent ist, wie das deutsche „Verwandte“ (vgl. gegen *L. 10. §. 1. D. de gradib. 38. 10.* ausser dem Sprachgebrauche der Novelle z. B. noch den Theophilinischen, den Reitz in seinem Glossar p. 1292 nachweist.). Dennoch glaube ich nicht, dass man aus dem, wie mir scheinen will, nicht zu vermeidenden Zugeständnisse einer wesentlichen Modification des früheren Cognationsbegriffes durch Justinian den weiteren Schluss ziehen dürfe, die Coëxistenz von Erblasser und Erbe (s. oben §. 4. Anm. 2.) sei dem Geiste der Novelle gemäss nicht mehr erforderlich. Diess war zwar bereits die Ansicht des Pillius (*Gl. ad §. 8. I. de hered. q. ab int. III. 1. uerb. attigit.* s. noch *Haenel, Diss. Dom. Hugol. §. 458.*) und ist auch von vielen Neueren wiederholt als richtig anerkannt worden (vgl. z. B. *Voet, Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 6.* Glück, a. a. O. p. 583—586. Rosshirt, a. a. O. p. 300. 301. Löbenstern, a. a. O. u. A. m. vgl. die Citate bei Vangerow, Pand. Bd. II. p. 45. — Andere wie *Perez, Prael. in Cod. Lib. VI. Tit. 55. Nro. 7.* wollen das wenigstens in den Fällen des sog. Repräsentationsrechtes gelten lassen. Davon später.). Allein die alte Rechtsregel stützt sich nicht bloss auf den Mangel eines Successionsgrundes in der Person des nach dem Tode des Erblassers Concipierten, sondern sie beruht ausserdem noch auf einem Fundamentalsatze der gesammten Erbfolge: die Erbschaft soll alsbald nach ihrer Erledigung, nicht in Zukunft einmal an einen neuen Herrn gebracht werden. Mag es nun in der That sehr zweifelhaft erscheinen, ob nicht doch nach *Nov. 118.* der Begriff der Verwandtschaft laxer geworden sei als früher (und das ist der schwache Punkt in der Argumentation der Gegner des Pillius von Johannes Bassianus an, vgl. die Citate bei Vangerow, a. a. O. p. 46, dass sie stets von der umgekehrten Voraussetzung ausgehen und immer darauf zurückkommen, der Kaiser habe wohl eine neue Successions o r d n u n g einführen, aber keineswegs einen neuen Begriff von Cognation schaffen wollen), so steht das letztgedachte Princip doch in voller Kraft, und damit ist auch die Unmöglichkeit der Erbfolge von Seiten eines im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht Erzeugten geblieben. Einzig hinsichtlich der successiven Delation führt die Consequenz, wenn man nicht in einer rein formellen Weise argumentieren will, zu dem entgegengesetzten Resultate. Das Hinderniss, welches den *nondum conceptus* bei der ersten erfolglosen Delation zu berücksichtigen nicht erlaubte, ist nunmehr gehoben; bei dem zweiten Erbangebote befindet er sich auf derselben Linie wie jeder

sor [157a]), wie die auf der väterlichen Gewalt beruhende Peculiar-

---

andere *nasciturus*. Auf diesen Fall machen denn auch die oben Genannten von ihrer zu weit gefassten Regel allein practische Anwendung. — Dass dieselbe aber für die Adoptivverwandtschaft durchaus unzutreffend sei, und um als Adoptivverwandter erben zu können, stets die Vornahme der Adoption bei Lebzeiten des Erblassers erforderlich ist, bedarf wohl kaum einer besonderen Erwähnung. s. auch den Bescheid des OLG. zu Wolfenbüttel bei Matthiä, Controv.-Lex. Bd. II. p. 253 vom Jahre 1851.

[157a]) Ob das wirklich angenommen werden dürfe, ist freilich eine sehr bestrittene Frage (s. bes. Mayer, an dem Anm. 147a angeführten Orte und in seinem Erbrechte p. 200 ff.). Dagegen scheint zu sprechen, dass die Novelle einzig die verwandtschaftliche Erbfolge ordnen will, die übrigen Successionsgründe aber daneben ihre alte Bedeutung beibehalten. Für die im Texte aufgestellte Ansicht entscheidet jedoch, wie ich glaube, die ausdrückliche Hinweisung auf den Fall der Emancipation in den Worten: „*οὐδεμίας φυλαττομένης διαφορᾶς . . . . εἴτε αὐτεξούσιος, εἴτε ὑπεξούσιος ἦν, ὃν διαδέχονται*“ (*cap. 2. i. f.*). Ihnen gegenüber kann man das Schweigen des Kaisers über das Erbrecht des *parens manumissor* nicht mehr durch ein blosses Uebersehen erklären, sondern muss auf seine Absicht dasselbe aufzuheben schliessen. Dazu kommt, dass der Freilasser in der neuen Ordnung des Gesetzes kaum unterzubringen ist. „Er folgte früher nach den Geschwistern, vollbürtigen wie halbbürtigen, und gieng den Geschwisterkindern vor; nach dem neuen Gesetze aber schliessen die Kinder vollbürtiger Geschwister die halbbürtigen Geschwister aus, und so würden nun jene und diese und der *parens manumissor* einander in ewigem Kreise die Erbschaft abjagen; und zudem würde es auch an einer genügenden Bestimmung über das Verhältniss zu den Ascendenten des Erblassers fehlen“ (Arndts, a. a. O. p. 681. vergl. Francke, an dem Anm. 147a citierten Orte und Notherbenrecht p. 485. Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 219 ff.). Denn das Argument, dessen sich Mayer (a. a. O. p. 50 ff.) bedient, um diesem Bedenken aus dem Wege zu gehen, weil die Geschwisterkinder neben Geschwistern berufen würden, letztere aber den *parens manumissor* verdrängten, müssten auch jene es thun (und analog hinsichtlich des manumittierenden Grossvaters gegenüber dem *pater naturalis*), erscheint doch im Hinblicke auf ähnliche Verhältnisse (vgl. z. B. *L. 2. §. 18. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*) zu schwach, um dadurch die Frage wirklich für erledigt ansehen zu können. Endlich muss man beachten, dass der *parens manumissor*, der zugleich natürlicher Ascendent des Emancipierten ist, in letzter Eigenschaft ein besseres Erbrecht als in erster hat; die „Vernachlässigung“ des blossen Adoptivvaters dagegen bei der bekannten Tendenz des Justinianischen Rechtes nicht wohl auffallen kann (vgl. auch unten §. 11. Anm. 4.). Jedenfalls haben wir heutzutage die Succession des *parens manumissor* schon

succession gleichfalls beseitigt [158]). — Eine weitere nothwendige Consequenz dieser Legislation war das Verschwinden der drei *bonorum possessiones: unde liberi, unde legitimi* und *unde cognati* [159]). —

§. 11. Adoptivverwandtschaft [1]).

Die Adoption (in der weiteren Bedeutung des Wortes *L. 1. §. 1. D. de adopt. 1. 7.*) gab ehemals dem Adoptierten und den durch ihn in die neue Familie gebrachten Personen (*L. 2. §. 2. L. 15. pr. L. 27. D. eod.*) das Recht der Agnation (*L. 23. D. de adopt. 1. 7. „— adoptio . . . non ius*

---

aus dem Grunde als antiquiert zu betrachten, weil die Emancipation im Römischen Sinne bei uns unendlich selten vorkommt, und dadurch allein das in Rede stehende Erbrecht in Vergessenheit gerathen musste. Vgl. deshalb die reichhaltigen Litteraturnotizen bei *Mayer*, *l. l. p. 4—16.* und Erbr. a. a. O.

[158]) Diess ergiebt sich aus den in der vorigen Anm. angezogenen Worten des *cap. 2.* der Novelle. Die Beerbung soll gerade so Statt finden, wenn das Kind *in potestate* steht, wie wenn es *sui iuris* ist. Im ersteren Falle kann es sich nur um die verschiedenen Peculien (natürlich mit Ausschluss des dem Vater gehörigen *profecticium*) handeln; es ist damit also an Stelle des früheren Heimfalles *iure peculii* (s. oben Anm. 140. 147.) die erbrechtliche Succession getreten, und das besondere Peculiarrecht im Gebiete der Intestaterbfolge gänzlich verschwunden. Vgl. Glück, a. a. O. p. 557 und die dort Anm. 84. Citierten; v. d. Pfordten, Abhdlg. p. 148. Arndts, a. a. O. p. 682 u. A. m.

[159]) Die Fortdauer der *b. p. unde liberi*, welche Glück, a. a. O. p. 550. Anm. 74. behauptet, ist, wie jetzt allgemein anerkannt wird, durchaus unvereinbar mit dem Principe der Novelle, welche gerade jeden Unterschied der Berechtigung zwischen Kindern, die *sui*, und solchen. die es nicht sind, aufheben will. — Zweifelhafter könnte man hinsichtlich der *b. p. unde legitimi* sein (vgl. z. B. Mayer, Erbr. §. 75. Anm. 1.) und meinen, sie müsse jetzt allen nach der Novelle Erbberechtigten zustehen. Allein an eine practische Bedeutung der *b. p.* ist im Justinianischen Rechte ja nicht mehr zu denken (vgl. oben §. 7. Anm. 51.) und deshalb erscheint es überflüssig, von einer *b. p. unde legitimi* noch zu reden. s. Rosshirt, a. a. p. 302.

[1]) Vgl. Glück, a. a. O. §. 110. 157. 158. Rosshirt, a. a. O. p. 158—162. p. 296—298. Hunger, a. a. O. §. 125. Büchel, Streitfragen aus *Nov. 118.* p. 18—80. Mayer, Erb.-R. §. 67. 82. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. V. p. 686 ff. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 412. Vering, a. a. O. p. 648 ff.

sanguinis, *sed ius agnationis affert.*") wie Cognation (*L. 23. cit.* „*Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur et cognatus fit.*" vgl. *L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8.*) und damit auch die betreffenden[2]) civilen (*L. 2. §. 3. D.*

---

[2]) Vor allen Dingen kommt es hierbei darauf an, ob Jemand als Kind, oder als Enkel u. s. w. (*§. 5. I. de adopt. I. 11.*) adoptiert ist; ob als Enkel im Allgemeinen (*L. 37. pr. cf. L. 43. L. 44. D. eod.*) oder als Enkel von einem bestimmten Sohne, wo dann dessen Zustimmung zur Begründung des beabsichtigten Verwandtschaftsverhältnisses erforderlich wird (*§. 7. I. cit. L. 6. L. 11. D. eod.*). Es versteht sich von selbst, dass der Adoptivsohn, Enkel u. s. w. mit dem natürlichen völlig gleiche Erbrechte hat. In unseren Quellen werden folgende Fälle besonders erwähnt. Dem Adoptierten gebühren 1) die Rechte des *suus heres* gegen den Adoptivvater und dessen agnatische Ascendenten, so weit nicht ein *recidere in potestatem* (*L. 10. D. de adopt.* vgl. oben §. 10. Anm. 11.) eintritt (*Gai. III. §. 2. Ulp. XXII. §. 14. Paull. R. S. IV. 8. §. 4.* (= *Collat. Tit. XVI. c. 3. §. 4.*) *§. 2. I. de hered. q. ab int. L. 1. §. 2. D. de suis et legit. 38. 16. L. 5. C. eod. VI. 55. L. 10. §. 5. C. de adopt. VIII. 48.*). Zu bemerken ist dabei noch, dass ein solcher Rückfall in die väterliche Gewalt nicht Statt findet, wo natürliche Descendenten adoptiert sind, und folgeweise mit ihren eigenen Descendenten oder Ascendenten in derselben *patria potestas* stehen (*L. 41. D. de adopt.*); daher gelangen hier abweichend von den gewöhnlichen Regeln mittelbare Descendenten des Erblassers neben den ihre Abstammung von letzterem vermittelnden Ascendenten zur Erbschaft (*L. 1. §. 7. D. si tabb. test. null. 38. 6.*), die Adoption müsste denn ausdrücklich die natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse wiederherzustellen geschehen sein (*L. 3. §. 1. D. de b. p. c. t.*). Der Adoptierte hat 2) die *iura consanguinitatis* zu den in der Familie verbliebenen Kindern des Adoptierenden, resp. den Kindern des ihm bei der Adoption zugewiesenen Adoptivvaters (*L. 1. §. 11. D. de suis et legit. cf. L. 44. D. de adopt.*) und die sonstigen agnatischen Erbrechte gegen die Agnaten der Adoptivfamilie (*L. 2. §. 3. D. de suis et legit.*). 3) Bei der Erbfolge nach dem Tertullianischen Senatsschlusse stehen die Adoptivkinder (*L. 2. §. 6. L. 5. pr. D. ad Sc. Tert.*) und Adoptivbrüder (*L. 7. D. eod.*) des Erblassers der Mutter desselben im Wege; die Adoptivschwestern erben wie die leiblichen mit der Mutter zusammen (*L. 7. D. cit.* vgl. oben §. 10. Anm. 93.). 4) Das Adoptivkind ist zur *b. p. unde liberi* berechtigt (*L. 1. §. 6. D. si tabb. test. null.*); doch findet in einfacher Anwendung bereits bekannter Grundsätze das *edictum de coniungendis cum emancipato liberis* hier keinen Raum, wenn ein natürlicher Enkel, dessen Vater emancipiert ist, als Sohn (*L. 1. §. 9. D. de coniung. 37. 8.*) — und, dürfen wir consequenter Weise hinzu-

de suis et legit. 38. 16. „nam qui adoptatur . . . legitimam eorum hereditatem habebit, uel ipsi eius“) und prätorischen (*L. 1. §. 6. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 1. §. 4. D. unde cogn.*) Successionsrechte gegen den Adoptivvater (*§. 1. I. de hered. q. ab int. III. 1.*) und dessen Agnaten [3]) (*L. 23. D. cit. „quibus uero non agnascitur, nec cognatus fit. . . . his qui extra familiam meam sunt, non agnascitur.“ cf. Collat. Tit. XVI. c. 6. §. 2; §. 2. I. de legit. agn. succ. III. 2. L. 44. D. de adopt. 1. 7. L. 4. §. 10. D. de gradib. 38. 10. al.*), so lange das Adoptivverhältniss besteht (*Gai. II. §. 136. Adoptiui quamdiu tenentur in adoptionem, naturalium loco sunt; emancipati uero a patre adoptiuo neque iure ciuili, neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur.“ §. 10. I. de hered. q. ab int. III. 1. „. . . . emancipati ab adoptiuo patre, ... quod ad adoptiuum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt.“ L. 1. §. 2. D. de leg. praest. 37. 5.*

---

fügen, als Enkel, aber nicht als Enkel von seinem Vater — adoptiert wurde; oder wo der Sohn, als dessen Kind der Adoptivenkel angesehen wird, inzwischen emancipiert ist (*L. 6. D. eod.*). 5) Zur *b. p. unde legitimi* (s. oben Nro. 2.). 6) Zur *b. p. unde cognati* (*L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8.*).

[3]) Daher steht der Adoptierte in keinem Cognationsverhältnisse zum Vater seines *pater adoptiuus emancipatus* (*L. 26. D. de adopt.*), zur Frau des Adoptivvaters — sie müsste denn in dessen *manus* stehen — seiner Mutter, Grossmutter u. s. w. (*L. 23. D. de adopt. „et ideo, si filium adoptauerim, uxor mea illi matris loco non est, neque enim agnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit; item nec mater mea auiae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non agnascitur.“*) Affinität wird durch Adoption niemals begründet (*L. 4. §. 10. D. de gradib. 38. 10. „affinis autem ei omnino in ea familia nemo est.“* vgl. auch Rosshirt, a. a. O. p. 160.). — Es mag endlich noch daran erinnert werden, dass der unter Vorbehalt seiner agnatischen Zuständnisse Emancipierte und nach Erlass der *Nou. 81.* (vgl. oben §. 10. Anm. 57.) der *filius patricius* dem mit Einwilligung seines Vaters angenommenen Adoptivkinde dadurch vielleicht die Rechte des *suus heres* u. s. w. als Enkel des consentierenden verschaffen konnte, vgl. Arndts, a. a. O. p. 686. Jedenfalls geht Thibaut, Abh. p. 303 f. zu weit, wenn er in den Fällen verwirkter *patria potestas* das Gleiche annimmt. Die Stellung des *filius patricius* vor *Nou. 81*, die ja zur Belohnung des Sohnes, nicht bloss *in odium patris* geschaffen war, spricht sehr entschieden gegen diese Meinung.

„. . . . *adoptiui, dummodo maneant liberi.*"). Und umgekehrt hatten selbstverständlich die Adoptivverwandten auch ihrerseits die bezüglichen Erbansprüche gegen den Adoptierten. Mit der Auflösung der Adoptivverwandtschaft aber, mag diese durch die Emancipation des Adoptierten selbst (vgl. z. B. *L. 1. §. 6. D. de b. p. c. t. 37. 4.*), durch die seiner mit ihm in der Adoptivfamilie befindlichen Descendenten (*L. 14. L. 27. D. de adopt. 1. 7.*), oder endlich durch die Emancipation seiner Adoptivverwandten (*L. 6. D. de coniung. 37. 8.*) herbeigeführt werden, geht jede auf der Adoption beruhende (*cf. L. 2. §. 6. D. ad Sc. Tert. 38. 17.*) civile (s. *L. 13. D. de adopt.*) wie prätorische (s. noch *L. 1. §. 6. L. 4. D. si tabb. test. null. 38. 6. L. 3. D. unde cogn. 38. 8.*) Erbberechtigung auf beiden Seiten, für den Emancipierten, wie für seine Adoptivangehörigen, wieder verloren. Anders steht es natürlich mit dem Rechte, welches der Adoptivvater als *manumissor*[4]) besass, indem er diess erst durch die Emancipation des Adoptivkindes gewann (*L. 2. §. 15. D. ad Sc. Tert. 38. 17.*).

Der angestammten Familie gegenüber entbehrt der Adoptierte ebenso wie seine durch ihn in die Adoptivfamilie ge-

[4]) Es kann fraglich erscheinen, ob der Adoptivvater als *parens* oder als *extraneus manumissor* gegolten habe. Directe Quellenzeugnisse besitzen wir über diesen Punkt nicht; denn in *L. 1. §. 2. D. si quis a par. 37. 12.* ist der Arrogator zugleich der natürliche Ascendent (*cf. L. 8. §. 7. D. de b. p. c. t. „naturalia iura in eo praeualere"*). Da aber Justinian in *§. 4. I. de B. P. III. 9.* die Aufhebung der *b. p. unde decem personae* lediglich dadurch rechtfertigt, dass eine *contracta cum extraneo fiducia* bei Emancipation der Kinder durch ihn überflüssig gemacht sei, so sprechen die überwiegenden Gründe doch wohl für die erste der obigen Alternativen. Freilich liesse sich denken, dass die Emancipation *contracta fiducia* damals den Hauptfall gebildet, da schon durch *L. 10. C. de adopt. VIII. 48.* das Recht des Adoptivvaters als *extraneus manumissor* grossentheils habe beseitigt werden sollen; allein dann würde Justinian in *§. 4. I. cit.* gewiss neben der *L. ult. C. de emanc. VIII. 49.* auch auf *L. 10. C. cit.* Bezug genommen haben. Durch die *Nou. 118.* und in unserem heutigen Rechte ist nun, wie schon oben §. 10. Anm. 157a. nachgewiesen wurde, dieser Erbanspruch jedenfalls vollständig aufgehoben. — Ueber das *Sc. Sabinianum* und die *Quarta D. Pii* s. unten §. 91.

langten Abkömmlinge (s. *L. 6. §. 4. init. D. de b. p. c. t. 37. 4.*) des Rechtes der Agnation und behält nur das der Cognation zurück, welches, auf thatsächlicher Grundlage beruhend, von den Veränderungen in den Agnationsverbindungen, soweit diese lediglich dem *ius ciuile* angehören, unberührt bleibt (*Gai. I. §. 158; §. ult. I. de legit. agn. tut. I. 15. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. L. 8. D. de R. I. 50. 17.*). Er ist deshalb, da auch der Prätor ihn nicht in dem *ordo unde liberi* beruft (s. oben §. 10. Anm. 56.), weil er für die Erbschaft des leiblichen durch die des Adoptivvaters entschädigt wird, einzig mittelst der *b. p. unde cognati* seinen Blutsverwandten zu succedieren im Stande (*Gai. III. §. 31*; *§. 13. I. de hered. q. ab int. III. 1.*), sofern nicht neuere Gesetze, wie z. B. das *Sc. Orphitianum*, ihm ein von jeder *minima capitis deminutio* unabhängiges legitimes Erbrecht verliehen haben (vgl. oben §. 10. p. 154 ff. p. 163. Anm. 115. p. 168. Anm. 122a; Anm. 125. 126.). — Hiervon finden sich bloss einzelne wenige und zum Theil sogar mehr scheinbare als wirkliche Ausnahmsfälle. Die Stelle in der ersten prätorischen Erbklasse nämlich wird vorbehalten: 1) Dem von einem leiblichen väterlichen Ascendenten Adoptierten, sei es dass der Grossvater dem emancipierten Sohne[5]), oder dieser jenem[6]) sein Kind in Adoption gegeben habe. 2) Dem

---

[5]) *L. 3. §. 7. D. de b. p. c. t. „Si quis filio suo emancipato nepotem, quem ex eo retinuerat, dederit in adoptionem, nepos iste ad contra tabulas bonorum possessionem aui sui admittitur, patre eius ante defuncto, quia in eius est familia, qui et ipse admitti potuit ad bonorum possessionem contra tabulas.“ L. 21. §. 1. D. eod. „Idemque iuris est, si emancipato filio nepos ex eo in potestate aui remanserit, et postea patri suo in adoptionem datus fuerit, id est, contra tabulas aui bonorum possessionem petere poterit, quia per adoptionem in aliena familia non fuerit.“* Das Gleiche will Büchel, a. a. O. p. 24. 25., von dem Enkel nicht gelten lassen, den sein Vater arrogiert habe, wegen des freiwilligen Verzichtes des Enkels auf sein Erbrecht gegen den Grossvater. Die von den Juristen in den mitgetheilten Stellen gegebene Begründung passt aber doch auch für diesen Fall. — Anders, wo die Adoption an einen mütterlichen Ascendenten geschah. *cf. L. 10. §. 1. D. eod L. 10. §. 1. C. de adopt. VIII. 48.* Francke, Notherbenrecht. p. 124.

[6]) *L. 3. §. 8. D. eod. „Idemque est, et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et*

in der ursprünglichen Familie verbliebenen oder emancipierten Kinde, dessen *pater naturalis in adoptiua familia* steht[7]). — Mit dem Ausscheiden aus letzterer dagegen erhält der Emancipierte, wenn auch nicht seinen Platz unter den *legitimi*, so doch den unter den *liberi* seines leiblichen Vaters und resp. Grossvaters (*L. 14. §. 1. init. D. de b. p. c. t.* s. oben §. 7. Anm. 23. §. 10. Anm. 53.) wieder (*Gai. II. §. 137. §. 4. I. de lib. exher. II. 13. §. 10. I. de hered. q. ab int. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. „. . . adoptio enim tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit.“*), geht aber, wie schon oben gesagt wurde, damit jedes Erbanspruches gegen die Adoptivverwandten verlustig. — Da somit der nach dem Tode des natürlichen Vaters[8]) aus der Adoptivfamilie

---

decesserit; nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, quasi non sit in alia familia.“

[7]) *L. 3. §. 9. D. eod. „Si pater alicuius peruenerit in adoptiuam familiam, filius non, an patris sui in adoptiua familia mortui bonorum possessionem accipere possit? Et arbitror humaniorem esse hanc sententiam, ut filius, quamuis non sit in eadem familia, in qua pater, ad bonorum possessionem tamen eius admittatur.*“ *L. 14. §. 1. D. eod. „. . . . Item si filius emancipatus, sublato filio et emancipato, arrogandum se dederit, et mortuo adoptiuo patre decesserit, et contra patris et contra aui tabulas ex decreto* (s. §. 7. Anm. 23.) *hunc admitti, minime dubitari debere, ne alioquin ab omnium bonis excludatur.*“ *L. 17. D. eod. „Si pater se dederit in adoptionem, nec sequatur eum filius, emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere, et ita Iulianus scripsit. Marcellus autem ait, iniquum sibi uideri, excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem; ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio assignat. Quae sententia non est sine ratione.*“

[8]) *§. 10. I. de hered. q. ab int. „Post mortem uero naturalis patris emancipati ab adoptiuo, et quantum ad hunc, aeque extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilomagis liberorum gradum nanciscuntur; quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptiui, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos eius, an ad agnatos.*“ *L. 6. i. f. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 10. pr. C. de adopt. „. . . . si enim post patris naturalis obitum pater adoptiuus per emancipationis modum ius adoptionis dissoluisset, nulla spes ei remanebat, neque contra patris naturalis uoluntatem,*

Entlassene bei beiden Erbschaften, der des eigenen wie des Adoptivvaters, leer ausgieng, sah sich Justinian im J. 530 (*L. 10. C. de adopt. VIII. 48.*) zu nicht unwesentlichen Modificationen der bisher bestehenden Normen veranlasst[9]). Man hat nunmehr zu unterscheiden: I. Handelt es sich um die Adoption eines Kindes, welches durch den Tod des leiblichen[10]) *parens*, der es in Adoption gegeben

---

quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptiuum patrem, quia per emancipationem eius familia exemtus est." Es ist diess eine Consequenz aus der oben §. 9. mitgetheilten Regel, dass die Successionsgründe im Augenblicke der Delation der Erbschaft vorhanden sein müssen. Nun heisst es zwar „*post mortem uero*"; aber selbst da, wo eine mehrfache Delation, zuerst *ex testamento*, dann *ab intestato* erfolgt, kann der einmal fehlende Successionsgrund, wenn die Emancipation während des Schwebens der ersten geschehen wäre, jetzt doch nicht als existent angesehen werden, denn es ist nicht möglich, zu dem Verstorbenen in ein Verhältniss zurückzutreten, welches wie Suität und die Qualität der *liberi* bedingt ist durch den Bestand einer *patria potestas*, unter der, oder ausserhalb deren Jemand lebt. Der *in adoptiua familia* Befindliche nämlich ist nicht von der väterlichen Gewalt seines leiblichen Ascendenten frei, sondern ohne alle Beziehung zu ihr; er gilt juristisch, wenigstens in den hier in Betracht kommenden Punkten, als ein ganz anderer Mensch wie der, der er in seiner natürlichen Familie war.

[9]) Vgl. hierzu noch v. Löhr, Ueber *c. 10. C. de adopt.* in seinem Magazin Bd. III. p. 386—406. und Büchel, a. a. O. p. 32—51.

[10]) Von dem durch seinen Adoptivvater in Adoption Gegebenen redet die Constitution gar nicht; man hat deshalb diese Adoption als *plena* behandelt, so v. Löhr, a. a. O. p. 391 f. Anm. 3. v. Vangerow, Pand. Bd. I. §. 250. p. 531. und Andere mehr. Gewiss ist das richtig in den Fällen, wo das Kind nach *L. 10. cit.* noch bei einem *extraneus in plena adoptione* stehen kann, denn darauf kommt es dem Kaiser nicht an, dem Kinde gerade einen bestimmten Adoptivvater zu erhalten, sondern darauf, dass ihm durch die Adoption nicht die Erbschaft des leiblichen Vaters ohne Ersatz verloren gehe. Zweifelhaft bleibt also nur der Fall, wo der *plene adoptatus* von seinen eigenen Ascendenten adoptiert ist, und diese ihn weiter in Adoption geben wollen. Dass die *ratio legis* hier durchaus zu demselben Resultate führe, wie unter den Umständen, an die der Gesetzgeber zunächst denkt, leidet wohl keinen Anstand; aber auch die Worte des Gesetzes treffen noch vollständig zu; ein solcher Adoptivvater ist zugleich *parens naturalis*, kann also, ohne dem Worte Zwang anzuthun, darunter mit begriffen

hat, *sui iuris* geworden wäre, sei es, dass der Verstorbene sein Vater war, sei es dass die ehemals zwischen beiden existierenden Mittelspersonen bis dahin weggefallen sind (*L. 10. §. 4. C. cit.*), und ist ferner 1) der Adoptierende ein Fremder, d. h. kein väterlicher oder mütterlicher Ascendent des Kindes, so spricht man von einer *adoptio minus plena*[11]). Diese lässt das Verhältniss des Adoptierten zu seiner natürlichen Familie, namentlich auch die *patria potestas*, in welcher derselbe steht, völlig unverändert, und gewährt ihm lediglich die Rechte eines *suus heres* für die Intestaterbfolge in das Vermögen des Adoptierenden[12]), vorausgesetzt, dass bei dessen Ableben die künstliche Familien-

---

werden. Selbst der Ausdruck „*si tamen tempore mortis aui sui parentes eos uel eas non antecedant*“ passt auf den *auus maternus* ebenfalls, und ist eigentlich genauer und richtiger als der im Text gebrauchte, auf die Befreiung von der *patria potestas* Bezug nehmende. So trage ich denn kein Bedenken, die in *L. 10. C.* gegebenen Regeln zur Anwendung zu bringen, mag der *parens naturalis*, der das Kind in Adoption giebt, bloss diess, oder zugleich auch *pater adoptiuus* sein. Vgl. auch Büchel, a. a. O. p. 39. 40. Anm. 6.

[11]) Es ist diess wie „*adoptio plena*“ kein quellenmässiger, sondern ein neuerer Kunstausdruck, von dem ich bei den Byzantinern und in der Glosse noch keine Spur finde.

[12]) *L. 10. pr. C. cit.* „*. . . . sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolui, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus . . . . Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra iura, siue ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones, siue ab intestato, siue ex testamento, quae liberis deferuntur, ut ipse possit et prodesse patri naturali, et ab eo naturalia debita percipere . . . . §. 1. . . . . sancimus, etsi habeat huiusmodi filius iura integra naturae, attamen si intestatus pater extraneus adoptiuus decesserit, habere eum etiam sui heredis ius . . . .*“ Diese nunmehr ganz singuläre Bestimmung darf man in keiner Weise ausdehnen, also namentlich die dem Adoptivkinde testamentarisch zugewendete Erbschaft nicht für einen *ipso iure* geschehenden Erwerb ansehen, vgl. Büchel, a. a. O. p. 49 f. — Ueber die Praxis in Betreff des Erbrechtes der *minus plene adoptati* vgl. das Responsum der Jenenser Schöffen von 1618. bei Hermann, a. a. O. p. 251. und den Bescheid des A. O. G. zu Wolfenbüttel von 1841. bei Matthiä, Controv.-Lex. II. p. 237.

verbindung noch fortdauerte[13]). Hingegen hat das Kind keinen Anspruch auf den Nachlass der Agnaten seines Adoptivvaters, noch ist dieser oder einer seiner Verwandten dem Adoptierten zu succedieren berechtigt[14]). — War aber 2) die Adoption des gedachten Kindes durch einen väterlichen oder mütterlichen Ascendenten desselben bewirkt[14a]), oder II. würde der Adoptierte durch den Tod dessen, der ihn in Adoption gab, doch nicht gewaltfrei geworden[15]), sondern in eines anderen

---

[13]) *L. 10. pr. C. cit.* „*Sed siquidem remaneat in tali adoptione, nulla interueniente emancipatione, in hoc tantummodo prodesse ei uolumus adoptionem, ut non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur .... §. 2. Sin autem per emancipationem iura adoptiua fuerint dissoluta, tunc nullus ei penitus regressus ad adoptiuum extraneum patrem, etsi moriatur intestatus, relinquatur, sed maneat tantummodo patrem naturalem cognoscens, tamquam non fuisset ab initio in adoptionem translatus.*“

[14]) „*... habere eum etiam sui heredis ius, ad eius tantummodo successionem, ut non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptiui habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inueniatur*“ heisst es in den unmittelbar auf die oben Anm. 12. citierten folgenden Worten. — Vgl. auch das Jenenser Gutachten v. 1618 bei Hermann, a. a. O. p. 250.

[14a]) *L. 10. pr. cit.* „*Si uero pater naturalis auo materno filii sui, uel si ipse fuerit emancipatus, etiam auo paterno, uel proauo simili modo paterno uel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, maneat stabile ius patris adoptiui et naturali uinculo copulatum et legitimo adoptionis nodo constrictum, et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregauit, et lex per adoptionem assignauit.*“ *cf. §. 2. I. de adopt. I. 11. §. 14. i. f. I. de hered. q. ab. int. III. 1.* — Der Kaiser gedenkt hier freilich bloss des vom Vater an den Grossvater in Adoption gegebenen, aber auch im umgekehrten Falle muss das dem *pater emancipatus* in Adoption gegebene Kind, da ihm dadurch keine Gefahr erwächst, consequenter Weise als *plene adoptatus* gelten, s. auch Büchel, a. a. O. p. 40. Anm. 1.

[15]) *L. 10. §. 4. C. cit.* „*Quae in filio diximus in adoptionem a patre dato, haec et in filia et in nepote, et nepte et deinceps personis utriusque sexus in sacris constitutis extendimus, si tamen tempore mortis aui sui parentes eos uel eas non antecedant. Si enim patres eos antecedant, ubi nec imponitur necessitas auo aliquid nepoti uel nepti relinquere, maneant omnia iura adoptiua ei intacta.*“

Ascendenten Gewalt gekommen sein, so fasst man diese Fälle unter dem Namen der *adoptio plena* zusammen. Ihr steht gleich III. die Arrogation[16]). Für beide (die *adoptio plena*, wie die *arrogatio*) bleibt es im Gebiete des Intestaterbrechtes durchaus bei den bis dahin geltenden, oben dargestellten Regeln[17]). Einzig die Lage des *impubes*

Dass die Bedingung „*si parentes eos non antecedant*" genauer gefasst ist, als die jetzt übliche, auch im Texte beibehaltene „wenn er *sui iuris* geworden wäre", vorausgesetzt, dass wir im Sinne Justinian's die Constitution auch auf die leiblichen Eltern anwenden dürfen, welche zugleich Adoptiveltern sind, wurde schon oben Note 10. bemerkt. — Uebrigens ist es unschwer zu ersehen, wie gerade durch die hier hinzugefügte Clausel der Zweck, den Justinian durch diese Verordnung zu erreichen suchte, vereitelt werden musste. Starb nämlich der Grossvater, der seinen Enkel in Adoption gegeben hatte, vor seinem Sohne, so galt die an den *extraneus* geschehene Adoption als *plena*, und doch befand sich der Adoptierte nunmehr genau in derselben Lage, wie wenn sein Vater der *in adoptionem dans* gewesen wäre; er konnte um beide väterliche Erbschaften gebracht werden. S. auch Büchel, a. a. O. p. 45—48.

[16]) *L. 10. §. 5. C. cit.* „*Vbi autem homo sui iuris constitutus per arrogationem ex augusta liberalitate sese dederit in adoptionem, tunc omnia iura patris adoptiui habeat intacta. Cum enim nullum inter patres inducitur discrimen, sit suus heres adoptiuus patri arrogatori et familiae eius aggregetur, et omnia, quae ad filium arrogatum ueteres legumlatores introduxerunt, intacta illibataque in eorum personis reseruentur.*"

[17]) Diess ist freilich nicht unbestritten. Am weitesten geht Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 169 ff., der dem *plene adoptatus*, so lange er in der Adoptivfamilie steht, jedes Erbrecht gegen den natürlichen Vater, auch die *b. p. unde cognati*, gänzlich abspricht; Büchel, a. a. O. p. 41 ff., räumt ihm diese zwar ein, glaubt aber den von seinem väterlichen Ascendenten Adoptierten nach *L. 10. C. cit.* nicht mehr wie ehedem (vgl. oben Anm. 5. 6.) zur *b. p. unde liberi* des *parens naturalis* berechtigt; v. Vangerow, a. a. O. p. 47—49 und Arndts, a. a. O. p. 688. 689, endlich ist der im Texte aufgestellten Ansicht. Zu voller Gewissheit werden wir allerdings hier ebensowenig wie in einer Menge anderer Controversen gelangen können, die gleichfalls aus der Unklarheit des Gedankens und der Fassung Justinianischer Constitutionen entsprungen sind; es handelt sich dabei immer nur um den grösseren oder geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit der einen oder der anderen Meinung. Die Worte, welche hier vorzugsweise Anstoss erregen, sind die Schlusssätze des Principium der *L. 10.* „... *et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregauit, et lex per adoptionem assignauit. Et*

arrogatus bietet hier noch mehrere Besonderheiten. Nach classischem Rechte bestanden diese (abgesehen von der *Quarta D. Pii* vgl. §. 91.) nur darin, dass der Arrogator gleich

---

Papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptiuus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed auita et proauita tantummodo reuerentia protegatur, eique acquirat, quae possunt acquiri et prodesse, et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit, et natura non dereliquit." Man kann zugeben, dass Justinian des besonderen Rechtes der von einem väterlichen Ascendenten Adoptierten sich bei diesen Zeilen gar nicht erinnert hat, dass er sich des bisherigen Zustandes, in den die neue Bestimmung eingriff, im Detail nicht klar bewusst gewesen ist, die Aenderung selbst müsste trotzdem anerkannt werden; für Papinian und Paullus bildete die Adoption durch väterliche Ascendenten einen Ausnahmefall, den sie als solchen unberücksichtigt lassen durften, der Kaiser dagegen redet in den oben angeführten Worten gerade ausschliesslich von der Adoption durch väterliche und mütterliche Ascendenten; es ist daher unmöglich, das Gesetz auf die ersteren nicht mitzuerstrecken. — Allein, was ist nun der Inhalt jenes Abschnittes desselben? Die Frage, ob das Adoptivkind gegen den leiblichen Vater die *querela inofficiosi* habe, war es, die Justinian den Anlass zu dieser Verfügung gab. Ich würde nun doch kein Bedenken tragen, bei dem inneren Zusammenhange vom Intestat- und Notherben-Rechte, und bei den scheinbar allgemeinen Ausdrücken, deren der Kaiser sich bedient, wenn auch nicht die Mühlenbruch's, so doch die Büchel'sche Auffassung für die richtige zu erklären, wenn nicht auf der anderen Seite die spätere Aufnahme der in Anm. 5. und 6. angeführten Digestenfragmente sowie die Gleichstellung von *arrogatio* und *adoptio plena* in §. *14. I. de hered. q. ab int. III. 1.* eine derartig ausgedehnte Interpretation der *L. 10.* auf das Unzweideutigste ausschlösse. Das Resultat ist demnach diess: der von väterlichen Ascendenten Adoptierte hat keine *querela inofficiosi* mehr, wohl aber noch die *b. p. contra tabulas* und *unde liberi* gegen den Vater u. s. w. Die *b. p. unde cognati* ferner gebührt nach wie vor der *L. 10. cit.* allen Adoptierten gegen ihre natürliche Familie, §. *13. 14. I. de hered. q. ab int. III. 1.* §. *2. 3. i. f. I. de succ. cogn. III. 5. L. 1.* §. *4. D. unde cogn. 38. 8.* Dass endlich aus dem §. 1. „*Neque enim ex uetere iure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissoluebatur*", wegen des hier gebrauchten Praeteriti die Aufhebung der *b. p. unde cognati* nicht gefolgert werden könne (wie Mühlenbruch, a. a. O., es thut), hat schon v. Vangerow gebührend hervorgehoben. Aus dem früheren Bestehen des cognatischen Erbrechtes ergiebt sich dessen Nichtbestehen für die Gegenwart keineswegs.

bei der Arrogation Caution leisten musste [18]), er werde, falls der Arrogierte in der Unmündigkeit versterbe, alles durch ihn Erworbene an diejenigen herausgeben, denen es ohne die Arrogation zugefallen sein würde (*L. 18. L. 19. pr. L. 20. L. 22. §. 2. D. de adopt. 1. 7.*). War die Bestellung der Caution versäumt, so hatte nichts desto weniger eine *utilis actio* zu dem angegebenen Zwecke gegen den Arrogator Statt (*L. 19. §. 1. D. eod.*). Imgleichen wurden die Erben desselben zur Restitution jener Güter angehalten, wenn der Tod des Unmündigen erst nach dem des Arrogators erfolgte (*L. 22. pr. D. eod.*). Es liegt auf der Hand, dass ursprünglich ein Erbfall hierbei gar nicht eintrat, ja überhaupt kein Erwerb, der erst bei dem Ableben des Arrogierten wäre gemacht worden, indem das Hauskind damals der Fähigkeit entbehrte, eigenes Vermögen zu besitzen, denn von einem *peculium castrense* kann bei dem *impubes* ja natürlich keine Rede sein. — Mit dem Aufkommen der Adventicien änderte sich das allerdings, doch empfieng auch an ihnen der Vater keinen eigentlichen Erbanspruch, sondern er übte ein besonderes Heimfallsrecht *iure peculii* (vgl. oben §. 10. p. 171—184.). Wenn nun gleich die auszusetzende Caution genau genommen dasselbe niemals geradezu aufzuheben, sondern nur inhaltslos zu machen vermochte, so entspricht es dem Geiste des Justinianischen Rechtes doch wohl mehr, solche bloss formelle Rechte als gar nicht existierend zu betrachten; überflüssig wird die Cautionsleistung deshalb doch

[18]) Die Caution wurde anfänglich einem *seruus publicus* (*L. 18. D. de adopt. 1. 7.* „. . . *si cauerit seruo publico, se restituturum ea etc.* . . . “), später, nachdem die Beschäftigung der Sklaven als öffentlicher *tabularii* verboten war (*L. 3. C. de tabular. X. 69.*), einer *persona publica* (§. *3. I. eod. I. 11.* „. . . *ut caueat arrogator personae publicae, hoc est tabulario* . . .“) also einem Freien geleistet. Daher konnte früher wie später, und diess ist ein Punkt, der gewöhnlich übersehen wird (vgl. z. B. Mühlenbruch, Comm. Bd. 40. p. 412.), die *actio ex stipulatu*, auch da, wo sie gegen den Arrogator selbst gerichtet war, und man die Interposition der Caution nicht vergessen hatte, nur eine *actio utilis* sein, vgl. *L. 1. §. 16. D. de mag. conuen. 27. 8. Hueffer, De quasi pupillari substitutione. Vratislau. 1853. p. 24.* vgl. auch *Meier, Colleg. Argentorat. Lib. I. Tit. 7. §. 45.*

nicht. War ihre Hauptaufgabe früherhin gewesen, eine civile Restitutionsverbindlichkeit erst zu schaffen, so tritt nunmehr, da letztere jetzt unmittelbar aus den veränderten Eigenthumsverhältnissen hervorgeht, die Nebenfunction der Sicherung dieser Verbindlichkeit durch *satisdatio* (*L. 17. §. 5. D. eod.*) in den Vordergrund und rechtfertigt die Einreihung der betreffenden Fragmente in die Digesten, wie sie denn auch in neuerer Zeit um jener Eigenschaft willen in Uebung geblieben ist (vgl. *Stryk, Vsus modern. Pand. Lib. IV. Tit. 5. §. 6.*) — *Nou. 118.* verwandelte das Heimfallsrecht in ein Erbrecht (s. oben §. 10. Anm. 158.); aus denselben Gründen, derenwegen wir dem *arrogator impuberis* jenes versagten, können wir ihm auch dieses nicht zugestehen. — Ganz unberührt lässt Justinian in *L. 10. C. cit. IV.* die Annahme an Kindesstatt durch ein Frauenzimmer[19]); für sie bleibt mithin das ältere Recht durchaus massgebend. Es ist bekannt, wie zuerst[20]) Diocletian und Maximian in einem einzelnen Falle einem Weibe *in solatium liberorum amissorum* zu adoptieren verstatteten (*L. 5. C. de adopt. VIII. 48.*). Diese Adoption wurde dann überhaupt, jedoch stets bloss in Folge specieller kaiserlicher Genehmigung[21]) für zu-

---

[19]) Vgl. hierzu Glück, Comm. Bd. 2. p. 337—349. Bd. 7. p. 373—376. Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 183 f.

[20]) Aus den Worten des Rescripts geht das freilich nicht mit voller Gewissheit hervor; allein wir haben durchaus keine sicheren Spuren davon, dass eine derartige Adoption mit rechtlicher Wirkung schon früher möglich gewesen sei. Denn, wenn man sich zu dem Ende auf *L. 29. §. 3. D. de inoff. 5. 2.* beruft, so ist jetzt wohl allgemein anerkannt, dass die Worte „*sine iussu principis*“ dort interpoliert sind. vgl. Zimmern, Röm. R.-G. Bd. I. p. 809. Anm. 22. Francke, Notherbenr. p. 186. 187. Mühlenbruch, a. a. O. p. 186. u. A. m.; und die Adoption des Kaisers Galba durch seine Stiefmutter (*Suet. Galb. c. 4.*) ist doch auch kaum für etwas anderes zu halten, als für eine durchaus willkürliche Namensveränderung, bei welcher es schliesslich auf eine Erbeinsetzung abgesehen war, wie Aehnliches auch früher vorzukommen pflegte. *Cic. ad Att. VII. ep. 8.* vgl. *Schrader, Comm. in Inst. p. 83.*

[21]) Diess ist durch die *Nou. Leon. 27.* geändert. Sie lässt die Adoption unter allen Umständen vor den gewöhnlichen Magistraten zu, ohne dass es noch eines eigenen kaiserlichen Rescriptes bedürfte. Auch ist

lässig erklärt (§. *10. I. de adopt. I. 11.*). Die väterliche Gewalt über den Adoptierten kann dadurch selbstverständlich nicht begründet werden, indem Weiber derselben unter allen Umständen unfähig sind (§. *3. I. de hered. qual. II. 19.* §. *10. I. cit. al.*). Dagegen entstand hier ein wechselseitiges Mutter- und Kindesverhältniss, welches dann auch die regelmässigen Erbrechte für beide Theile nach sich zieht [22]). —

Durch die Novelle 118. ist die Cognation der ausschliessliche Successionsgrund für die Intestaterbfolge der Verwandten geworden. Da nun die natürliche Familienangehörigkeit bei einer Adoption ebenso wenig wie bei einer Emancipation verloren geht, da ferner die alte Bestimmung, wonach der Adoptierte für die Dauer der Adoption Cognat aller seiner neuen Agnaten wird, durch das genannte Gesetz keinesweges aufgehoben ist [23]), so kann Niemandes Erbrecht fürder da-

---

sie nicht bloss *in solatium liberorum amissorum*, sondern eben so denen, die nie geboren haben, ja selbst Jungfrauen gestattet. —

[22]) Diess Erbrecht erstreckt sich nicht über die Personen von Mutter und Kind hinaus. Das ganze Verhältniss ist nämlich ein durchaus singuläres, weshalb das darauf bezügliche Gesetz strict interpretiert werden muss. Letzteres nennt jedoch als Folge der Adoption bloss die Verbindung von Mutter und Kind, ohne dass der beiderseitigen Verwandten irgend gedacht würde. Ueber diesen Punkt ist man denn auch so ziemlich einig. Dagegen schliesst man umgekehrt diesen Successionsanspruch nicht selten (s. u. A. Glück, Intestaterbf. p. 626. und die dort Anm. 14 Citierten. Lang, Ueber d. Ehehinderniss d. sog. bürgerl. oder gesetzl. Verwandtsch. Archiv f. d. civ. Prax. Bd. XXI. p. 453.) in zu enge Grenzen ein, sofern man ihn bloss dem Kinde gegen die Mutter, nicht aber der Mutter gegen das Kind zugesteht. Allein wenn nach *L. 5. C. cit.* die Adoption das letztere durchaus in die Lage eines natürlichen Descendenten bringen soll (*et eum perinde atque ex te progenitum ac uicem naturalis legitimique filii habere permittimus*), so muss nothwendig die dort Statt findende Gegenseitigkeit des ganzen Verhältnisses auch für dessen Nachbildung festgehalten werden. Eigenthümlich ist hierbei nur die mögliche Concurrenz zweier Mütter, der leiblichen und der Adoptivmutter.

[23]) Die Novelle erwähnt der Adoptivverwandtschaft gar nicht. Donellus (*Comm. iur. ciu. Lib. IX. c. 2. §. 5.*) zieht daraus den Schluss, dass es für sie durchaus bei dem früheren Rechte sein Bewenden behalte; buchstäblich verstanden ist das ein grosser Irrthum. Indem die ganze Grundlage der Intestatsuccession eine andere geworden ist, muss auch die auf

durch geschmälert werden, dass er ausser seinen leiblichen Verwandten noch andere besitzt, und zweitens haben nunmehr die Bluts- wie die Adoptiv-Verwandten des Erblassers auf dessen Intestatsuccession[24]) vollkommen gleiche Rechte mit und neben einander[25]). Nur darf man das Eine dabei

---

der Adoptivverwandtschaft beruhende Erbberechtigung in ganz anderer Weise in das neue System eingreifen. So kommt es, dass in der That lediglich für zwei Fälle der Adoption, die *adoptio minus plena* und die durch eine Frau, die Erbverhältnisse völlig dieselben geblieben sind wie vor der *Nou. 118*.

[24]) Wohlverstanden auf die Intestatsuccession, d. h. bezüglich der Frage, ob Jemand Erbe wird. Keinesweges gilt dasselbe für die Art des Erbschaftserwerbes. Hier ist der alte Unterschied von *sui* und *extranei heredes* noch von Bedeutung. S. unten §. 45. — Hinsichtlich der modernen Praxis vgl. z. B. das Erkenntniss des O. L. G. zu Wolfenbüttel bei Matthiä, Controv.-Lex. II. p. 237. Präj. Nro. 2.

[25]) Die im Texte aufgestellte Behauptung ist in ihren beiden Theilen bestritten. 1) Wollen Manche den *in adoptiua familia* befindlichen Kindern nicht die gleichen Erbrechte gegen den leiblichen Vater wie den in der natürlichen Familie verbliebenen oder emancipierten Descendenten einräumen, sondern sprechen ihnen theils (so Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 173 ff. Lehrb. d. Pand. §. 633. Anm. 4. Hunger, a. a. O. p. 407 ff.) jegliches Erbrecht nach dieser Richtung ab, theils (s. v. Löhr, Mag. Bd. III. p. 397—406., vgl. auch Puchta, Pand. §. 454. und Vorl. ebend. Bd. II. p. 307 f.) lassen sie dieselben erst in der vierten Justinianischen Klasse der Intestaterbberechtigten zu. Die Unrichtigkeit der letzteren Ansicht tritt sofort zu Tage, sobald man sich erinnert, dass in der gedachten Klasse bloss Seitenverwandte zur Succession berufen werden (s. unten §. 13.), unter ihnen aber die Descendenten unmöglich Platz finden können, vgl. Mühlenbruch, a. a. O. p. 177. 178. Büchel, a. a. O. p. 55. v. Vangerow, a. a. O. p. 51. Arndts, a. a. O. p. 688. u. A. m. — Uebrigens liegt beiden Meinungen, der Mühlenbruch's und der v. Löhr's ein gemeinsamer Irrthum zu Grunde. Durch die Adoption, heisst es, werde das „Kindesverhältniss“ zu dem natürlichen Vater aufgehoben, so dass — dieser Gedanke scheint im Hintergrunde zu stehen — etwa nur das allgemeine und unbestimmte eines blossen Blutsverwandten übrig bliebe (s. bes. Puchta, a. a. O.). Allein, wenn ehemals die *adoptati* nicht unter den *liberi* ihres *pater naturalis* berufen waren, so ist damit noch keinesweges gesagt, dass der Prätor sie nicht mehr als Kinder desselben betrachtet habe, indem zu dem *ordo unde liberi* einzig die *sui* und die durch das Edict ihnen Gleichgestellten Zutritt haben (s. oben p. 140 ff.). Vielmehr zeigt sich, wo Descendenten *in adoptiua familia*

nicht übersehen, dass die Adoptivgeschwister als blosse *consanguinei* bereits seit der *Nov. 84.* (s. oben p. 170) den voll-

---

durch die *b. p. unde cognati* zur Erbschaft ihres leiblichen Erzeugers gelangen, ihre Kindesqualität doch immer in der ihnen zur Agnition verstatteten Jahresfrist (*L. 4. §. 1. D. quis ordo 38. 15.* vgl. unten §. 46.), und selbst hinsichtlich der *querela inofficiosi* wollte Paullus nach dem Zeugnisse der *L. 10. C. de adopt.* ihnen ihr Kindesrecht gewahrt wissen (vgl. unten §. 85. oben §. 10. Anm. 93. Mayer, Erbr. p. 197.). Diese den Adoptierten stets gebliebene Eigenschaft cognatischer Kinder berechtigt sie nun offenbar zur Succession in derselben Erbklasse mit den leiblichen Descendenten. Alle weiteren Gründe, welche man gegen die im Texte angenommene Ansicht vorgebracht hat, sind von sehr untergeordneter Bedeutung. So stösst man sich daran, dass das Kind demnach zwei Väter beerben würde, dass der *minus plene adoptatus* jetzt schlechter gestellt sei, als der vollkommen Adoptierte. Indessen das Erste war schon nach dem früheren Rechte der Fall, sobald es zur *b. p. unde cognati* kam (*L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8.*, vgl. auch oben Anm. 22. a. E.), und das Letztere ist freilich ebenfalls richtig, kann aber doch kaum befremden; wenigstens müsste es viel bedenklicher erscheinen, den *plene adoptatus*, wie diess nach der gegnerischen Auffassung geschehen würde, seines cognatischen Erbrechtes gegen den leiblichen Vater, welches er bis dahin allerdings besass, und unter Umständen selbst der *b. p. unde liberi* (s. oben Anm. 17.) durch die Novelle stillschweigend beraubt zu sehen. Vgl. v. Vangerow, a. a. O., und die dort p. 52 Citierten; von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civ.-R. Bd. II. p. 555—557. — 2) Hinsichtlich der Beerbung des *plene adoptatus* oder *arrogatus* durch seine Ascendenten sind gleicherweise verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Nach der einen (Lehr in Hagemann und Günther's Archiv f. theor. u. pract. Rechtsgel. Bd. V. p. 194 ff.) hätte allein der leibliche, nach der anderen (Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 226 ff.) bloss der Adoptivvater, nach der *communis opinio* (s. die Citate bei v. Vangerow, a. a. O. p. 52. v. Holzschuher, a. a. O. p. 561) beide (und ausserdem noch, wie diess allseitig anerkannt ist, die leibliche Mutter) ein concurrierendes Erbrecht in der zweiten Justinianischen Klasse. Es handelt sich hierbei, da der Successionsanspruch des *parens manumissor*, welcher ehemals freilich dem Adoptivvater als *legitimus heres* den Vorzug vor dem bloss zur *b. p. unde cognati* berufenen *pater naturalis* gab (s. oben Anm. 4.), nach der *Nov. 118.* erloschen ist (s. §. 10. Anm. 157a.), um ein erst durch diese neu geschaffenes Verhältniss (vgl. noch §. 10. Anm. 157.). Auf die Analogie des früheren Rechtes kann man in dieser Frage also nicht zurückgehen; dieselben Argumente, welche für den unter 1) besprochenen Fall entscheidend wurden, greifen sonach auch für den vorliegenden Streitpunkt vollständig durch. Die cognatische Verwandtschaft

bürtigen leiblichen nachstehen mussten[25a]). Einzig hinsichtlich der neueren Praxis kann man schwankend sein, ob auch nach ihr noch eine Verwandtschaft zwischen dem Adoptierten und den Agnaten des Adoptivvaters angenommen werden dürfe[26]); sicher ist es dagegen, dass die Adoptiv-

---

des Adoptivvaters zu dem Adoptivkinde steht der der natürlichen Eltern zu letzterem vollkommen gleich; alle drei müssen mithin gleichmässig zur Intestaterbfolge in das Vermögen des Kindes zugelassen werden.

[25a]) Vgl. Büchel, a. a. O. p. 69. 70. vgl. unten §. 14. Anm. 17.

[26]) Vgl. Arndts, Pand. §. 425. Anm. 1. „Berechtigter ist der Zweifel, ob dem heutigen Rechtsbewusstsein eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche? Wenigstens werden die deutschrechtlichen Familienrechte der Agnaten den Adoptierten nicht zugestanden (Seuffert, §. 475. *not. 7.*) und man behauptet auch, dass nach dem Geiste des neueren Rechtes die Verwandtschaft des Adoptierten mit der Familie des Adoptivvaters jedenfalls nur bis zum Tode des letzten dauere. Puchta, §. 445. a. E. Vorles. §. 454. vgl. Sintenis, §. 139. not. *62*.... Neuere Gesetzgebungen beschränken die Adoptivverwandtschaft bloss auf den Adoptivvater (Wahlvater, beziehungsweise die Wahleltern), das Adoptivkind (Wahlkind) und die Nachkommenschaft des letzten. Oesterr. bürg. Gesetzb. §. 183. vgl. §. 65. Preuss. Ldr. II. 1. §. 13; 2. §. 708. 709. *Code Nap. art. 348. 350.*" Andere (so das Kur-Triersche Land-R. v. 1713.) geben den Adoptivkindern und Eltern nur da ein gegenseitiges Erbrecht, wo diess ausdrücklich ausgemacht ist; s. auch Brinz, Pand. p. 30. 802. 803. So viel ist nun ausser allem Zweifel, dass Adoptivkinder zu den Agnaten im Sinne des Germanischen Rechtes überhaupt nicht gehören, weder dem Adoptivvater noch dessen Verwandten gegenüber. *Stryk, Vsus modern. Pand. I. 7. §. 8. Cocceji, Ius controu. I. 7. Q. 3. Hofacker, Princip. iur. ciu. I. §. 606.* Glück, Comm. Bd. 2. p. 371. 372 u. A. m., wofür es denn auch, mindestens hinsichtlich der Lehnssuccession, nicht an gesetzlicher Grundlage fehlt *II. Feud. 26.* §. *9.* (vgl. dazu *Duarenus, Comm. in consuet. feud. c. XI.* §. *6.*); und es mag gern zugegeben werden, dass das Institut der Römischen Adoption von dieser Anschauung aus erhebliche Opposition erfuhr — hat man die Reception desselben in Deutschland doch gänzlich in Abrede stellen wollen (s. dawider *Stryk, l. l.* §. *2—5. Lauterbach, Colleg. Pand. I. 7.* §. *11.* u. A.) — dass ferner auf verwandtem Gebiete schon die mittelalterlichen Quellen des einheimischen Privatrechtes zum Theil Regeln enthalten, die den angeführten particularrechtlichen Bestimmungen durchaus analog sind (s. unten §. 12. Anm. 5.); dennoch muss es entschieden bestritten werden, dass eine gemeinrechtliche Norm, welche die Adoptivverwandtschaft in der bezeichneten Weise beschränkte, sich bereits fixiert habe.

verwandtschaft und also auch das durch sie begründete Erbrecht die sog. *emancipatio germanica* überdauert[27]).

§. 12. **Uneheliche Verwandtschaft**[1]).

Dem Vater gegenüber haben uneheliche Kinder regelmässig kein Erbrecht, da der Beweis der Blutsverwandtschaft zu dem Erzeuger nur durch die hier nicht zutreffende Präsumtion „*pater est, quem nuptiae demonstrant*" (*L. 5. D. de in ius uoc. 2. 4.*) erbracht werden kann (*§. 12. I. de nupt. I. 10. L. 4. D. unde cogn. 38. 8.*)[2]). Dasselbe gilt natürlich um so mehr von den väterlichen Verwandten[3]). Eine Ausnahme machen und haben I. das Recht der ehelichen Descendenz: 1) Die legitimierten Kinder, sei die Legitimation durch nachfolgende Ehe (*L. 10. L. 11. C. de nat. lib. V. 27. Nou. 12. c. 4. Nou. 19. Nou. 89. c. 8; c. 1. 6. X. qui fil. sint legit. IV. 17.*)[4]), durch landesherrliches Rescript

---

[27]) Vgl. Puchta, Pand. §. 445. „In allen diesen Fällen der Befreiung wird das Kindesverhältniss zu dem leiblichen Vater nicht aufgehoben, auch nicht zu dem Adoptivvater mit Ausnahme der Emancipation (der römischen, nicht der deutschrechtlichen) u. s. w." Bemerkenswerth ist es übrigens, wie *Nou. Leon. XXV.*, also ein Byzantinischer Erlass den mangelnden gesetzlichen Anhalt für die *emancipatio germanica per separatam oeconomiam* hergeben musste, vgl. z. B. *Voet, Comm. in Pand. I. 7. §. 12.*

[1]) Vgl. Glück, Intestaterbf. §. 127—139. 155. 156. Rosshirt, a. a. O. p. 200—218. 296. Hunger, a. a. O. §. 124. p. 403 407. Mayer, Erbr. §. 81. 82. Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. V. p. 684. 685. v. Vangerow, a. a. O. §. 413. Vering, a. a. O. p. 646—648. Eine eigene hierhergehörige Monographie ist: Mayer, das Intestaterbrecht der *liberi naturales* nach dem heutigen Röm. Rechte. Tübing. 1838.

[2]) Vgl. noch *§. 4. I. de succ. cogn. III. 5. L. 23. D. de stat. hom. 1. 5.*

[3]) *S. L. 12. C. de nat. lib. V. 27.* und dazu Rosshirt, a. a. O. p. 205.

[4]) S. noch *§. 2. I. de hered. q. ab int. III. 1.* — Zu einem bleibenden Rechtsinstitute ist diese Legitimation bekanntlich erst unter Justinian mit *L. 10. C. cit.* geworden; doch waren schon vor ihm seit Constantin mehrmals transitorische Verordnungen ergangen, nach welchen die damals eben existierenden *liberi naturales*, sofern nicht ausserdem noch legitime Kinder oder eine Ehefrau vorhanden waren (daher der in *Nou. 12. c. 4.* bezüglich der Justinianischen Constitution niederge-

(*Nou. 74. Praef. c. 1. 2. Nou. 89. c. 9. 10.*)[5]), oder durch

schlagene Zweifel) *per subsequens matrimonium* legitimirt werden durften. (*L. 5. cf. L. 1. L. 6. L. 7. C. eod. cf. Nou. 89. c. 7.*, Zimmern, Röm. R.-G. Bd. I. p. 802 f.). — Das Römische Recht nennt hier bloss die Concubinenkinder, die Praxis dehnt diess auf alle unehelich Geborenen aus (hinsichtlich der *ex nefariis amplexibus* Entsprossenen s. unten); halten sich doch selbst die Novellen nicht mehr ganz streng an jenen Begriff, indem sie auch der mit einer Sclavin erzeugten Descendenz die Möglichkeit der Legitimation eröffnen. *Nou. 18. c. ult.* und noch liberaler in *Nou. 78. c. 4.* — Ueber die bei der späteren Eheschliessung zu beobachtende Form vgl. Glück, Comm. Bd. II. p. 300. — Als die Wirkung der Legitimation ist bereits in *L. 5. C. cit.* angegeben. die Legitimierten sollten „*suos patri et in potestate fieri*“ und ähnliche Ausdrücke sind in den jüngeren Erlassen gebraucht. — Ein bei den neueren Canonisten wie Civilisten vielfach angeregter Zweifel, ob auch die Ehe auf dem Todbette zum Behufe der Legitimation zulässig sei, wurde theils unter Berufung auf das canonische Recht, theils durch die Betrachtung beseitigt, man könne doch nie sicher wissen, ob der Tod wirklich erfolgen werde, s. bes. *Cocceii, l. l. I. 6. Q. 11.* — Endlich ist auch in dem Falle die Legitimation und das Erbrecht der legitimierten Kinder anzuerkennen, wenn deren Vater nach ihrer Geburt zunächst eine anderweitige Ehe eingieng, und erst nach deren Auflösung die Mutter der unehelichen Abkömmlinge heirathete, vgl. Overbeck, Meditat. Bd. IV. Medit. 235. p. 200 ff.

[5]) Hier werden die legitimierten den ehelichen Kindern ebenfalls vollkommen gleichgestellt. *Nou. 89. c. 9. §. 1. Liceat igitur patri ..... Imperatori preces offerre, quibus declaret, uelle se naturales suos naturae et antiquae ingenuitati iurique legitimorum restituere, ut sub potestate sua sint, et a legitimis liberis in nullo differant eoque facto liberi exinde tali auxilio fruantur“ al.* Vorausgesetzt wird jedoch dabei, dass eine Ehe mit der Concubine nicht wohl möglich, und keine anderweitige legitime Descendenz vorhanden ist. Ueber die ersten Spuren einer Ertheilung der *iura legitimorum* durch Rescript s. unten Anm. 8. — Auch in unseren einheimischen Rechtsquellen sind schon früh beide Arten der Legitimation als zulässig anerkannt *Schwab. Sp. cap. 42.* (*ed. Gengler*); nur sollen darnach die legitimierten nicht das volle Erbrecht der ehelichen Descendenten geniessen; sie beerben zwar ihre Eltern, doch nicht deren Verwandte (vgl. Pauli, Abhdl. a. d. lüb. R. Bd. III. p. 26—29), und ebensowenig stellte das Lehnrecht sie den in der Ehe geborenen Kindern gleich. *II. Feud. 26. §. 11. Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur“.* War indessen schon hinsichtlich der Lehnssuccession die Wirkung der Legitimation bei den späteren Practikern bestritten (vgl. z. B. *consil. Halens. Tom. I. pars 3. cons. 79. 100.* Kind,

die in bestimmter schriftlicher Form vom Vater beurkundete Anerkennung seiner Nachkommenschaft als ehelicher (*Nou. 117.*

Quaest. forens. Tom. I. p. 25.) — und nicht selten ertheilten die Deutschen Kaiser deshalb ausdrückliche Privilegien, s. z. B. *Ruperti, Imp. diploma ai. 1408* bei Emminghaus, Corp. Iur. Germ. p. 75. „*nec non in bonis quibuscunque parentum, agnatorum, cognatorum et quorumcunque aliorum, etiamsi feudalia sint, ex testamento et ab intestato succedere ualeas atque possis*", wogegen u. A. in dem Diplom Kaiser Conrad IV. für *Theodinus* (ebd. p. 43) die Lehengüter speciell ausgenommen werden — so ist bezüglich der Allodialerbfolge die strengere Germanische Ansicht, welche die legitimierten von der väterlichen Nachlassenschaft ausschliesst, nicht einmal in Betreff der *bona auiatica* durchgedrungen (vgl. z. B. *Bened. Carpzow, Decis. 111. Nro. 14. 15. D. Meuius, Decis. III. 87. IX. 125. 126. al.*); desgleichen wird ihre Erbberechtigung in der Seitenlinie unbedingt anerkannt. *Bauer. Respons. Tom. I. resp. 40. p. 160 sq.* und umgekehrt den Collateralen die Succession in den Nachlass des Legitimierten gestattet *Consil. Tub. Tom. II. cons. 158.* Selbst wo man für die sog. *legitimatio plena*, die nicht allein den Makel der unehelichen Geburt tilgte, sondern ausserdem noch die Erbansprüche ehelicher Descendenz verlieh, die Zustimmung der dadurch in ihren Rechten geschmälerten Verwandten, namentlich die der legitimen Kinder, zumal wenn ihnen der bisherige Pflichttheil in Folge der Legitimation nicht mehr als Intestaterbportion frei blieb, für erforderlich erklärte, geschah diess nicht sowohl deshalb, weil man überhaupt dem Kaiser die Machtvollkommenheit zu einem derartigen Eingreifen absprach, sondern vielmehr aus dem Grunde, weil vom Kaiser selbst ein derartiger Vorbehalt den Vollmachten für die Pfalzgrafen eingefügt zu werden pflegte, vgl. das Privil. Kaiser Leopold I. für die Universität Frankfurt v. 10. Aug. 1672 „doch denen andern natürlichen Erben in ab- und aufsteigender Linien an ihren gebührenden *Legitimis* ohnschädlich" (bei *Stryk, Us. mod. I. 6. §. 16.*); desselben Privil. für d. Gr. v. Schwarzburg v. 22. Decbr. 1691. „doch deren andern ehelichen natürlichen Erben in auf- und absteigender Linie desselben Geschlechts an ihren gebührenden Erbschaften und *legitima* unschädlich;" Kaiser Karl VI. Priv. f. d. Univ. Göttingen v. J. 1733. „*dummodo tamen legitimationes huiusmodi non praeiudicent filiis et haeredibus legitimis et naturalibus*" (bei Emminghaus, a. a. O. p. 526. 563) und dazu besonders *Ulr. Zasius, Comm. in Tit. de V. O.; O. O. Lugd. 1550. Tom. IV. col. 352. §. 46.* auch *in Tit. de substit. Tom. II. col. 97. §. 33. Schorch, Respons. Erford. resp. 284. §. 14.*). Später (s. z. B. Glück, Int.-Erbf. p. 530—534. Comm. Bd. II. p. 319—321 und selbst noch Holzschuher, Theorie und Casuistik. Bd. II. p. 547) hat man diesen Zusammenhang der herkömmlichen Praxis nicht selten übersehen und dabei an den Begriff des Pflichttheilsrechts als eines *ius quaesitum* in

c. 2.)[6]) bewirkt; einzig die jetzt veraltete *legitimatio per oblationem curiae* gewährte den Legitimierten die gedachten Zuständnisse bloss gegen die Person des Vaters, nicht aber gegen dessen Verwandte (*Nou. 89. c. 4.*)[7]).

---

ganz ungehöriger Weise anknüpfen wollen, ja wohl gar gefragt, ob die Deutschen Kaiser bei dem Vorhandensein ehelicher Descendenz wirklich das Recht zur Legitimation *per rescriptum* besässen, ohne zu bedenken, dass es sich hier um ein selbständiges kaiserliches Hoheitsrecht handelt, für dessen Ausübung und Wirksamkeit lediglich publicistische, nicht aber privatrechtliche Gesichtspunkte massgebend werden können. Mit Recht erkennt daher die neuere Praxis selbst die Legitimation eines *adulterinus* durch landesherrliches Rescript trotz des Vorhandenseins ehelicher Descendenz und einer Ehefrau als vollwirksam an, s. d. Urtheil des Hof-Ger. zu Dillingen und des O. A. G. zu Wiesbaden v. J. 1852 in d. Arch. f. pract. R.-W. Bd. VI. p. 475. 476, ferner Seuffert, Arch. Bd. XIV. Nro. 239.

6) „. . . . *si quis filium uel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento siue publico, siue sua ipsius manu conscripto et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, uel in testamento, uel ad acta illum uel illam filium suum uel filiam esse dicat, nec addat naturalem, ut liberi illi legitimi sint . . . . Si uero pater, cum multos habeat ex eadem muliere liberos, uni ex illis quocunque ex praedictis modo testimonium praebuerit, reliquis etiam ex eadem muliere natis ad iura legitimorum uni a patre datum testimonium sufficiat.*“ — Doch möchte es sehr zweifelhaft sein, ob diese Art der Legitimation noch heutzutage als practisch angesehen werden darf, vgl. auch Seuffert, Arch. Bd. V. Nro. 189. Nur geht diess Urtheil darin zu weit, dass es annimmt, Justinian stelle hier bloss eine durch Gegenbeweis zerstörbare Präsumtion auf. Er bestimmt vielmehr „*ut liberi illi legitimi sint*“, „τοὺς τοιούτους παῖδας γνησίους εἶναι“ und dem entsprechend nennt sowohl Athanasius (*Heimbach, Anecd. Tom. I.* p. 126) wie Theodorus Hermopolita (*Zachariae, Anecd.* p. 112) die Kinder „φυσικοὺς παῖδας“ und sagt von dem Vater, dass er sie „γνησίους ποιεῖ“; „πάντες ἐκ τούτου καὶ μόνου γίνονται γνήσιοι“ heisst es endlich bei dem griechischen Epitomator bei *Zachariae, l. l.* p. 208. Nro. 341., s. noch ebd. p. 215. Nro. XIV.

7) „. . . . . *Sancimus igitur, ut filius naturalis curiae datus soli patri legitimus sit successor, nil uero commune habeat cum ascendentibus uel a latere agnatis uel cognatis patris nec eorum successionem participet, aequale priuilegium illi quoque dantes, ut quemadmodum ipse illis non succedit, sic nec illi ad eius successionem uocentur . . . .*“ Sind keine legitimen Kinder vorhanden, so kann der Vater sogar die mit einer

2) Nach canonischem Rechte die in putativer Ehe Erzeugten (*c. 2. 8. 14. cf. c. 15. X. qui fil. sint legit. IV. 17.*)[8]),

---

Sklavin erzeugten der Art legitimieren lassen, und ferner die *naturales* selbst (die Sklavenkinder, wenn sie vorher die Freiheit erlangt haben) dadurch, dass sie sich bei dem Tode des Vaters der Curie anbieten, die angegebenen Rechte erwerben. *Nou. 89. c. 2.* — Als den ersten Keim der späteren *oblatio curiae legitimandi causa* haben wir eine Verordnung Theodosius II. v. J. 443 (*Nou. Theod. Tit. XXII. c. 1. §. 4—9. ed. Haenel = L. 3. C. I. de lib. nat.*) anzusehen, in welcher dem zum Curialen bestimmten *filius naturalis* in Ermangelung ehelicher Geschwister die Fähigkeit gegeben wird, die gesammte väterliche Verlassenschaft durch testamentarische Zuwendung zu empfangen. (Vgl. unten §. 19.) Wenige Monate später wurde diess auf die an einen Curialen verheirathete natürliche Tochter ausgedehnt (*ibid. c. 2. §. 11.*). Dem Rechte, *ex testamento* Erbe des Vaters zu werden, fügten Leo und Anthemius i. J. 470 (*L. 4. C. de lib. nat. V. 27.*) das weitere der Intestaterbfolge hinzu, doch blieb letzteres streng auf die Person des *pater naturalis* beschränkt und erstreckte sich nicht auf dessen Verwandte (*L. 9. pr. C. eod.*); auch ist hier noch von keinem Erbanspruche des Vaters gegen den Nachlass des *filius naturalis* die Rede; doch soll die Existenz ehelicher Nachkommenschaft nach Justinian's Vorschrift (*L. 9. §. 3. C. cit.*) kein Hinderniss mehr für die *legitimatio per curiae oblationem* abgeben; denn so dürfen wir sie bereits für die Zeit der Justinianischen Compilation bezeichnen, da sie, wie wir aus §. *13. I. de nupt. I. 10.* ersehen, dem Vater damals schon das Recht der *patria potestas* über den Sohn verschaffte, so dass die Novelle kaum mehr als die Gegenseitigkeit des bewilligten Erbrechtes hinzugebracht haben dürfte. Vgl. Zimmern, R.-G. Bd. I. p. 492. Anm. 7. p. 804. 805. *Io. Wunderlich, de legitimatione per oblationem curiae. Ienae 1759.* — Dass an Stelle dieser Legitimation nicht eine sog. *oblatio monasterio facta* im neueren Rechte getreten sei, wie einige Canonisten vermeint haben, darüber vgl. *Stryk, Vs. mod. Pand. I. 6. §. 19.*

[8]) Schon früh hat das Germanische Recht diese Bestimmung der kirchlichen Gesetzgebung herüber genommen und die in vermeintlicher Ehe geborenen Kinder den ehelichen gleichgestellt. *Sachs.-Sp Ld.-R. III. 27. Schwb.-Sp. c. 238. (ed. Gengler)*, und auch in der späteren Praxis ist nie ein Zweifel über die Geltung der canonischen Regeln hinsichtlich dieses Punktes laut geworden, vgl. z. B. das Leipziger Schöffenurtheil bei Hermann, a. a. O. p. 62. *Vlr. Zasius, in usus feud. O. O. Tom. IV. col. 296. §. 77. Lauterbach, Colleg. Pand. I. 6. §. 8. Stryk, Tract. de success. ab int. II. §. 57. Hofacker, Princip. iur. ciu. I. §. 545.* Glück, Comm. Bd. II. p. 101. v. Holzschuher, a. a. O. p. 554. 555. u. A. m. Und wie es die Natur der Sache mit sich bringt, gelten die Kinder aus dem *matrimonium putatiuum* als ehe-

vorausgesetzt dass die Ehe den darüber gegebenen Vorschriften gemäss kirchlich *„in facie, in conspectu ecclesiae"* (*c. 10. X. eod.*[9]); *c. 3. §. 1. X. de clandest. despons. IV. 3.*) eingegangen[10]), und das der Gültigkeit derselben entgegen-

liche Verwandte nicht bloss hinsichtlich ihrer Eltern, sondern auch der Verwandten derselben, s. G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. I. Nro. 22. §. 20. Im Römischen Rechte wurde in solchen Fällen wohl durch ein specielles Gnadenrescript den Sprösslingen das Recht der *legitimi* ertheilt. *L. 57. §. 1. D. de R. N. 23. 2.*

[9]) *„. . . matrimonium inter eos contrahi non potuit, et contractum debuit separari, ac per hoc, cum filii nec per ecclesiae permissionem, nec per paternam ignorantiam excusentur, ad successionem bonorum paternorum non uidentur aliquatenus admittendi."* Es ist wohl wahr, dass diese Stelle nicht von einer Ehe redet, die wirklich in gutem Glauben abgeschlossen wurde (vgl. Glück, Intestaterbf. p. 599.), doch lassen die Worte *„nec per ecclesiae permissionem" argumento a contrario* nichts desto weniger die Folgerung zu, dass, wenn die fragliche Ehe *„per ecclesiae permissionem"* und in Unkunde des obwaltenden Hindernisses eingegangen wäre, die Entscheidung über das Erbrecht anders ausfallen würde, und insofern gehört *c. 10. cit.* allerdings als Beweisstelle mit hierher.

[10]) Es kann gefragt werden, was *„in facie ecclesiae"* hier bedeute. Diess bildet den einfachen Gegensatz gegen *matrimonia clandestina.* Aus zwei Gründen konnte nun nach der Theorie der älteren Canonisten eine Ehe eine heimliche sein; einmal durch das Unterbleiben der vorgeschriebenen Proclamationen, die an sich allerdings keinesweges Bedingung für die Gültigkeit der Ehe sind. Darüber heisst es in *c. 3. §. 1. X. cit. „Si quis uero huiusmodi clandestina uel interdicta coniugia inire praesumpserit in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta prorsus illegitima censeatur."* — Zweitens war ein *matrimonium* als *clandestinum* zu erachten, sobald es, selbst nach vorgängiger Abkündigung, ohne Priester und Zeugen abgeschlossen wurde. Vgl. *Gonzalez Tellez, Comm. in cap. 2. X. qui fil. sint legit. Tom. IV. p. 218. Nro. 4. Reiffenstuel, Ius canon. ad c. 3. X. de cland. despons. p. 92. Nro. 53.* u. A. Seit dem Tridentinischen Concil ist eine heimliche Ehe der letzteren Art geradezu nichtig; es bleibt also nur noch die absichtliche Versäumniss der Proclamation übrig, um dem Rechte der Kinder aus einer putativen Ehe zu präjudicieren. Ist dagegen in gutem Glauben Dispens von der Kündigung erlangt, so kann diess dem Sinne des *c. 3. §. 1. cit.* gemäss den Kindern keinen Nachtheil bringen. Eher könnte man zweifeln, wenn die Ehegatten nach der Proclamation den Geistlichen mit der Erklärung ihres ehelichen Consenses in Zeugengegenwart überraschen, indem sich darin immer eine gewisse Eigenmächtigkeit kund giebt. — Analog ist hinsichtlich der protestantischen Eheschliessung zu entscheiden.

stehende Hinderniss wenigstens einem der beiden Gatten unbekannt ist. Der *in mala fide* befindliche Theil hat hier kein Erbrecht gegen die Kinder, wohl aber diese gegen jenen [11]). 3) Nach einer durchgehenden gemeinrechtlichen Praxis [12]) die Brautkinder [13]). Vorausgesetzt wird dabei ein gültiges

---

[11]) So Arndts, Pand. §. 476. Seuffert, Pand.-R. §. 555. Bd. III. p. 186. v. Holzschuher, a. a. O. p. 555. Sehr viel weiter geht v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Bd. III. p. 194. Anm. *p.*, welcher dem Vater gegen das in putativer Ehe geborene Kind gar kein Erbrecht zugestehen will. Das stimmt jedoch ebenso wenig mit dem Geiste des canonischen Rechtes als mit den ausdrücklichen Zeugnissen der Canonisten über diesen Punct zusammen, vgl. z. B. *Gonzalez Tellez, l. l. p. 219. Nro. 5.* „*Similiter etiam parentes succedunt filio ex matrimonio putatiuo suscepto, nisi pater cum mala fide contraxerat.*“ Dass hier bloss der Vater genannt wird, erklärt sich aus der Controverse, ob hinsichtlich der Mutter die strengeren Römischen Grundsätze über *incestuosi, adulterini* u. s. w. noch fortbestehen.

[12]) Vgl. deshalb vorläufig die reichen Citate bei Mayer, Erb.-R. p. 194. 195., s. auch die folg. Anm. Eine abweichende Holsteinische Praxis ist bezeugt bei Seuffert, Arch. Bd. V. Nro. 200. und auch das O. A. G. zu Rostock scheint diese Erbfolge nicht anzuerkennen, Buchka und Budde, Entsch. II. 43. Dagegen erwähnt *Gerdes, De different. iur. commun. et Lubec. cap. II. §. 16. O. O. Tom. II. p. 280.* ein mit dem gemeinen Rechte übereinstimmendes Präjudiz des ehem. Tribunals zu Wismar; vgl. auch Das Provinzial-Recht des Hzgth. Neuvorpommern und d. Fürstth. Rügen. Thl. III. p. 101.

[13]) Das Römische Recht giebt Brautkindern nicht die *iura legitimorum*, denn, wenn gleich die Römische Ehe durchaus formlos geschlossen werden konnte (*L. 22. C. de nupt. V. 4.*), so darf es doch nie an der „*maritalis affectio*“, dem „*ipsorum consensus*“ fehlen, und unsere Quellen selbst machen darauf aufmerksam, dass dieser von dem blossen *concubitus* noch wohl unterschieden werden müsse. *L. 30. D. de R. I. 50. 17.* „*Nuptias non concubitus, sed consensus facit.*“ *cf. L. 32. §. 13. D. de don. int. u. et ux. 24. 1.* Vgl. *Woltaer, Obseruat. fasc. I. Nro. 10.* — Die ältere christliche Kirche dagegen kannte den Begriff der Brautkinder überhaupt nicht. Denn, wenn sie schon die kirchliche Eheschliessung forderte (*c. 1. 2. 6. Caus. XXX. Quaest. 5.*), so war doch die formlos eingegangene Ehe darum nicht nichtig (s. *Gratian. l. l.*), indem für deren Bestand der Consens der Ehegatten als das Wesentliche galt (*c. 14. 23. 25. 31. X. de sponsal. IV. 1. al.*). Und dieser Consens wurde mittelst einer durch keinen Gegenbeweis zu entkräftenden Präsumtion vermuthet, sobald Verlobte, wenn sie nur durch sog. *sponsalia de futuro* verbunden waren, sich fleischlich mit einander vermischt hatten (*c. 30. 32. X. eod. al.*),

Verlöbniss [14]) der Eltern und dessen Erfolglosigkeit wegen des

---

so dass die daraus entsprossenen Kinder consequent nicht anders wie als vollkommen ehelich geborene angesehen werden konnten (*c. 12. X. qui fil. sint legit. IV. 17.*). Erst nachdem im Jahre 1563 das Tridentinische Concil (*Sess. XXIV. Decr. de reform. matrim. c. 1.*) die Erklärung des ehelichen Consenses von Seiten der Gatten vor dem zuständigen Geistlichen und wenigstens zwei Zeugen zur unerlässlichen Voraussetzung für die Gültigkeit der Ehe erhoben hatte, wurde es möglich, von Brautkindern im katholischen Kirchenrechte zu reden. Bloss an den Orten, wo das Tridentinische Concil nicht publiciert worden ist, muss es bei dem älteren Zustande lediglich sein Bewenden behalten (vgl. Uihlein, im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XIII. Nro. 6. p. 121—130.). — Die protestantischen Juristen knüpften anfänglich durchaus an den damaligen Stand des katholischen Kirchenrechtes an, den sie selbst nach den Beschlüssen des Tridentinischen Conciles noch lange mit grosser Zähigkeit festhalten. Auch sie verlegten das zur rechtlichen Begründung der Ehe wesentliche Moment einzig in den beiderseitigen Consens; sie erkannten ebenso in der Beiwohnung der Verlobten eine unumstössliche Präsumtion für denselben, und mussten deshalb die Brautkinder ohne alle Widerrede als *ipso iure legitimi* gelten lassen, wofür sie sich auf Römisches und canonisches Recht, namentlich auf *c. 12. X. qui fil. sint legit.* beriefen, eine Stelle, welche durch die eventuelle Begründung des dort besprochenen Urtheils allerdings beweisend erscheint. Diese Anschauung wird z. B. in einem Gutachten von Johann Oldendorp weitläuftig entwickelt (*Consil. Marpurgens. Vol. II. cons. 1.*), der für seine Person selbst noch über das canonische Recht hinausgeht, sofern er gegen *c. 3. §. 1. X. de clandest. despons. IV. 3.* sogar den in einer heimlichen Putativehe geborenen Kindern die Rechte der ehelichen zugesteht. Während des ganzen sechszehnten Jahrhunderts dürfte diese vortridentinische Auffassung bei den Protestanten ausschliesslich herrschend gewesen sein (vgl. u. A. noch *Hieron. Schürpf, Consil. cent. 1. cons. 1. Hartmann Pistoris, Obseruat. 83.*), erhält sich aber noch das siebzehnte Jahrhundert hindurch (vgl. *Vulteius, Consil. Marpurg. Vol. III. cons. 34. §. 25. B. Carpzow, Defin. forens. Pars III. const. 14. def. 12. Meuius, Decis. II. 81. Huber, Prael. iur. ciu. ad Tit. Inst. de nupt. I. 10. Nro. 1. p. 23. 24. ad Tit. Dig. de nupt. 23. 2. Nro. 11. p. 1175. Harpprecht, Diss. academ. XXXIII. De iure liberor. a despons. ante benedict. nat. ai. 1696.* das Jenaer Facultätsgutachten von 1633; das Frankfurter v. 1679. bei Hermann, a. a. O. p. 182. 183. *al.* Auch die Unterscheidung Lauterbach's zwischen dem *matrimonium legitimum* und *uerum sed illegitimum Coll. Pand. 23. 1. §. 34; 23. 2. §. 4.* legt genau genommen dieselben Principien zu Grunde.). Sie findet sogar bei bedeutenden Autoritäten des achtzehnten Jahrhunderts immer noch Beifall (vgl. z. B. das Wittenberger Responsum v. Jahre 1707. bei *Wernher*,

Todes des einen von ihnen [15]) oder grundloser [16]) Weigerung

---

l. l. Tom. I. Obseru. 421. das Gutachten von Helmstädt v. Jahre 1721. bei *Leyser, Med. ad Pand. sp. 298. Med. 4. Cocceii, Ius controu. XXIII. 1. quaest. 5. 6. XXIII. 2. quaest. 2.* Strube's, Rechtl. Bedenk. Bd. III. Bed. 131. §. 4.). — Die erste ernstliche Opposition gegen die Uebertragung der canonischen Regeln auf das protestantische Erbrecht erhebt sich ziemlich gleichzeitig in einigen territorialen Gesetzgebungen (so in der Holland's und Seeland's s. *Huber, l. l.*) und im Gebiete des gemeinen Rechts bezüglich des einen Falls, wenn das Verlöbniss von Hauskindern gegen den Willen ihrer Eltern eingegangen war. Wie dort der Mangel der für nothwendig erklärten Formen, so machte hier nach der herrschenden und von vielen Polizei- und Kirchen-Ordnungen Deutschlands unterstützten Doctrin die fehlende elterliche Genehmigung die Verbindung durchaus nichtig, mochte gleich zu dem heimlichen Eheversprechen noch die Schwängerung hinzugekommen sein; davon machte man höchstens dann eine Ausnahme, wenn der Widerspruch der Eltern gegen die beabsichtigte Ehe unbegründet erschien (*Meier, Colleg. Argentor. Lib. 23. Tit. 1. Nro. 13. Consil. Argentorat. Vol. I. cons. 54. §. 54. Vol. III. col. 101. 106. 128. Consil. Tubingens. Vol. III. cons. 274. Nro. 44 sq. ai. 1697.* vgl. noch *Kind, Quaest. forens. Tom. I. p. 3.* Quistorp, Beitr. Nro. 29. p. 458 f. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. IV. Erört. 65. Bd. VI. Erört. 97.). Allmälig und wohl nicht ohne Einwirkung der Schlüsse des Tridentinischen Concils überwog auch bei den protestantischen Juristen (vgl. schon *B. Carpzow, Iurisprud. Consist. Lib. II. def. 142. ai. 1616. def. 143. ai. 1628.* u. A.) mehr und mehr die Auffassung, dass die Ehe erst mit der priesterlichen Einsegnung vollzogen werde; eine Ansicht, die jetzt wohl durchaus unwidersprochen ist. — Damit verlor nun aber die bisherige Praxis hinsichtlich der Brautkinder ihren festen Boden; und wenn *Leyser, Med. ad Pand. sp. 15. med. 6.* und *sp. 298. med. 4.* den Angriffen, welche sich nunmehr gegen die übliche Behandlung dieser Frage erhoben, nur das entgegenzuhalten weiss, die Beiwohnung wandle das Verlöbniss zwar nicht in eine legitime Ehe um, genüge indessen zur Legitimität der Kinder, so liegt darin eine reine *petitio principii.* In der That sehen wir dann, wie im Laufe des siebzehnten Jahrhunderts die Rechte der Brautkinder auf ein völlig neues Fundament gestützt werden. Die unter einem gültigen Eheversprechen erfolgte Schwängerung gab der Geschwächten selbst nach der Ansicht derjenigen, welche das einzig Wesentliche der Ehe noch immer in dem Consens der Ehegatten erblickten, eine Klage auf Ehevollziehung durch kirchliche Trauung (s. *Carpzow, l. l. Lib. II. def. 69* u. A.), und diese den Kindern jedenfalls als *per subsequens matrimonium* legitimierten die Rechte der ehelichen Descendenz. Da indessen der Zwang zur Abschliessung der Ehe nicht überall durchführbar war (vgl. das Jenenser *responsum* v. 1626. bei Hermann, a. a. O. p. 197.), man überhaupt an

des Bräutigams[17]). Ohne allen Zweifel erstreckt sich diese

Zwangstrauungen (die man zum Theil selbst *per procuram* celebriert hatte) allmälig Anstoss nahm, so begnügte man sich bei fortgesetztem Widerspruche, die Ehe *in contumaciam* für eingegangen zu erklären, oder man gab, wie man sich auch ausdrückte, der Braut die Rechte der schuldlos geschiedenen Ehefrau (vgl. u. A. *I. H. Böhmer, I. P. E. Lib. IV. Tit. 3. §. 49. cf. Lib. IV. Tit. 1. §. 56.* Preuss. Ld.-R. II. 2. §. 595. Glück, Comm. Bd. 23. p. 90. 91.). Zu derselben Aushülfe musste man ferner greifen, wo schon die ganze Klage auf Ehevollziehung nur *in contumaciam* hatte verhandelt werden können. Noch einen Schritt weiter gieng man da, wo ein derartiges Contumacialurtheil wegen des inzwischen eingetretenen Todes eines der beiden Theile nicht gefällt werden konnte; hier sprach man direct der Gekränkten oder dem Kinde die Rechtszuständnisse zu, welche sie auf Grund eines solchen Erkenntnisses hätten beanspruchen können, indem man es für unbillig hielt, dass die Mutter oder das völlig unschuldige Kind unter jenem Unglücksfalle irgend leiden sollten (vgl. besonders *I. H. Böhmer, Consult. Vol. III. p. 2. cons. 420. §. 10.* ferner das Celler Urtheil bei *Pufendorf, Obs. iur. uniuers. Lib. IV. Obs. 245.* bei Bülow und Hagemann, a. a. O. Th. I. Nro. 17. und über die in dieser Lehre überhaupt Statt gefundene Entwickelung Pfeiffer, Pract. Ausführ. Bd. VIII. p. 401 ff.). Somit war denn das ältere Recht ziemlich in dem bisherigen Umfange auf neuer Grundlage wieder aufgebaut.

[14]) Diess ist eine nothwendige Voraussetzung für die Möglichkeit der Klage auf Ehevollziehung; nur so weit diese nicht direct zum Ziele führt, tritt der Satz, dass den Brautkindern die Rechte der ehelichen zustehen, suppletorisch hinzu. Ist also die Klaganstellung von vorn herein unzulässig, so kann auch von einer Ergänzung ihrer Wirksamkeit keine Rede sein. Die Anwendung, welche man davon auf den Fall einer Verlobung ohne elterlichen Consens machte, ist schon in der vorigen Anmerkung berührt worden. Zugestanden muss freilich werden, dass die moderne Praxis hierin der älteren nicht überall gefolgt ist, sondern häufig laxere Grundsätze angenommen hat, so hinsichtlich der Nothwendigkeit der elterlichen Zustimmung zu dem Verlöbnisse, vgl. Albrecht, Entscheid. merkwürd. Rechtsfälle Bd. I. Nro. 4. u. 5. Weygand, im Archiv für pract. Rechtsw. Bd. III. p. 247. Seuffert, Arch. Bd. VIII. Nro. 65.; hinsichtlich der Frage, ob auch dann den Kindern die Rechte der ehelichen zustehen, wenn das Eheversprechen der Schwängerung erst nachfolgte, Weygand, a. a. O. p. 264 ff. Pfeiffer, a. a. O. Urth. Nro. 78. 81 u. A. m.

[15]) Auch der Mutter; denn der *casus* ist für das Kind durchaus derselbe, mag die Anbringung der Klage auf Ehevollziehung durch den vorzeitigen Tod des einen oder des anderen Theiles gehindert sein, vgl. auch das Urtheil Nro. 80. bei Pfeiffer.

Gleichstellung der unehelichen mit der ehelichen Descendenz da, wo die Ehe durch rechtskräftiges Urtheil *in contumaciam* für geschlossen erklärt worden ist, auch auf die väterlichen Verwandten; wo dagegen ein derartiges Erkenntniss nicht ergangen ist, wollen Manche [18]) die Rechte der Brautkinder auf die Person des Vaters beschränken. Die gemeinrechtliche Praxis scheint jedoch hier keinen solchen Unterschied zu machen [19]). — II. Ein beschränktes Erbrecht gegen

[16]) Diess folgt aus der gegenwärtigen Begründung der Legitimitätsansprüche des Kindes auf die Zuständigkeit der Klage auf Ehevollziehung für die Mutter.

[17]) Wenn die Mutter die Klage nicht anstellen will, ist damit dem Kinde das Fundament seines Rechtes entzogen; es müsste denn das Verlöbniss der Art sein, dass auch dem Bräutigam die Klage auf Ehevollziehung gebührte. So wird z. B. in mehreren von *Berger, Oeconom. iur. Lib. I. Tit. 3. §. 4. p. 96.* mitgetheilten Urtheilen anerkannt, dass bei heimlichem Verlöbnisse und hinzutretender *copula carnalis* nur *fauore stupratae* dem Weibe, nicht aber dem Manne zu klagen gestattet sei, s. noch *Wernher, Obseru. Sel. obs. 421. cit. Nro. 3.* Sind Kinder da, so meint Berger freilich, dürfe ihnen der Verzicht der Mutter nicht schaden. Für diese neue Erweiterung des Rechtes der Brautkinder müsste aber doch wohl eine ganz unzweifelhafte Praxis nachgewiesen werden, wenn man sich über die darin zu Tage tretende Lostrennung des ganzen Rechtsverhältnisses von seiner juristischen Grundlage hinwegsetzen soll. Ein solcher Nachweis möchte indessen unseres Erachtens schwerlich zu führen sein.

[18]) So Glück, Intestaterbf. §. 155. p. 596. *J. H. Böhmer, l. l. IV. 3. §. 50.* nimmt in diesem Falle auch rücksichtlich ihres Vaters Anstand, die Kinder wie eheliche zu behandeln. Brinz, Pand. p. 805. erkennt, ohne weiter zu unterscheiden, die Brautkinder bloss dem Vater gegenüber als berechtigt an, vgl. auch Puchta, Pand. §. 41. Anm. k. Zimmermann, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 38. p. 202.

[19]) Vgl. besonders *Harpprecht, l. l. Vol. I. diss. 33. §. 216. 223.* Seuffert, Arch. Bd. VIII. Nro. 65. Unentschieden ist die Praxis hinsichtlich der Frage, ob der Vater nun auch seinerseits das Brautkind beerbe, s. Zimmermann, a. a. O. p. 199—201. Seuffert, a. a. O. Bd. VIII. Nro. 66. Bd. IX. Nro. 189. Das von Ersterem vorgeschlagene Auskunftsmittel, den Erbanspruch des Vaters davon abhangen zu lassen, ob dieser in Bezug auf die beabsichtigte Eheschliessung säumig gewesen sei, oder nicht, unterliegt doch vielfachen Bedenken; wenigstens kann man die Bestimmung, dass auch bei dem *matrimonium putatiuum* der schuldige Theil des Successionsrechtes entbehre, hier nicht als Analogie heranziehen, indem es dort eben die *bona fides* ist, deren

den **Erzeuger haben**: 4) *liberi naturales* (Concubinenkinder) nach einer Verordnung **Justinian's** v. J. 536 (*Nou. 18. c. 5. cf. Nou. 89. c. 12. §. 4—6.*). Sofern jener nämlich mit **einer**[20]) Concubine in gemeinschaftlicher Haushaltung[21]) zusammenlebte, auch die mit ihr erzeugten Kinder in seinem Hause geboren und auferzogen sind[22]), bekommen letztere in Ermangelung einer legitimen Ehefrau und ehelicher Descendenz[23]) ihres Vaters als Intestaterbportion ein Sechstel aus dessen Nachlasse, wovon sie ihrer Mutter einen Kopftheil

---

halb man dem factischen Zusammenleben in Betreff der Kinder die Wirkung einer wahren Ehe zugestanden hat. In unserem Falle dagegen bildet die *in contumaciam* für geschlossen erklärte Ehe die Grundlage des ganzen Verhältnisses, so dass die juristische Consequenz vielmehr für volle Gegenseitigkeit der fraglichen Erbrechte sprechen dürfte. — Völlig unhaltbar ist es endlich, die freiwillige Anerkennung der Brautkinder durch den Vater als Bedingung für ihre Berechtigung zu fordern, wie **Zimmermann**, a. a. O. p. 195. und **Weygand**, a. a. O. p. 264., es thun. Wo die Vaterschaft zu dem Kinde von dem Beklagten verneint wird, lässt die Praxis ohne alles Bedenken wie bei gewöhnlichen Alimentenklagen die Mutter zum Beweise zu.

[20]) *Nou. 18. c. 5.* „*Καὶ ταῦτα φαμέν, εἰ μιᾷ παλλακῇ συνοικοίη, καὶ παῖδας ἐξ ἐκείνης σχοίη . . . . τότε γὰρ δίδομεν αὐτοῖς τὴν ἐξ ἀδιαθέτου πρὸς τὸ διούγκιον κλῆσιν. Εἰ δὲ ἐκκεχυμένα τὰ τῆς ἐπιθυμίας αὐτῷ γίνοιτο, καὶ ἄλλας ἐπ' ἄλλαις ἐπεισαγάγοι τῇ προτέρᾳ παλλακάς, καὶ πλῆθος ἔχοι γυναικῶν πορνευομένων (οὕτω γὰρ εἰπεῖν κάλλιον) καὶ ἐξ αὐτῶν παιδοποιούμενος τελευτήσειε πολλὰς ὁμοῦ καταλιπὼν παλλακίδας, μισητὸς μὲν ἡμῖν ὁ τοιοῦτος, πόῤῥω δὲ τοῦδε τοῦ νόμου καθάπαξ ἀπελαυνέσθω.*" Und hiermit stimmt *Nou. 89. c. 12. §. 4. i. f. §. 5.* fast buchstäblich überein, nur ist sie in den letzten Worten noch vollständiger „*καθάπαξ μετὰ τῶν τοιούτων παίδων καὶ παλλακῶν ἀπελ.*"

[21]) *Nou. 18. c. 5.* „*. . . . εἴη δὲ αὐτῷ κατὰ τὸν οἶκον, ἕως περιῆν, ἐλευθέρα τε γυνὴ ἐν παλλακῆς σχήματι συνοῦσα . . . .*" *cf. Nou. 89. c. 12. §. 4.*

[22]) *Nou. 18. c. 5.* (nach den eben citierten Worten) „*καὶ παῖδες ἐξ αὐτῆς (τοῖς γὰρ τοιούτοις μόνοις ταῦτα νομοθετοῦμεν, ἔνθα παντελῶς ἀναμφισβήτητός ἐστιν ἥ τε τῆς παλλακῆς κατὰ τὸν οἶκον σχέσις ἥ τε τῶν νόθων ἐκεῖσε γονή τε καὶ τροφή) . .*" *cf. Nou. 89. c. 12. §. 4.*

[23]) *Nou. 89. c. 12. § 4.* „*Εἰ μέντοι τελευτήσειέ τις γνησίας αὐτῷ παντελῶς γονῆς οὐχ ὑπούσης, παίδων φαμέν, ἢ ἐγγόνων ἢ τῆς ἐφεξῆς διαδοχῆς οὐδὲ νομίμου γαμετῆς . . .*" *cf. ibid. §. 6. Nou. 18. c. 5.* Eine mildere Byzantinische Praxis gab ihnen freilich sehr bald auch für diesen Fall ein Zwölftel. *Theodorus Hermopolitanus Breuiar. Nouell.* in *Zachariae, Anecdot. p. 88. c. 20.*

abzugeben haben[24]). Die Concubine allein, ohne Kinder, ist jedoch gar nicht successionsberechtigt[25]). Ein ganz analoges Erbrecht hat nun auch umgekehrt der Vater gegen seine natürlichen Kinder[26]); es erstreckt sich aber in dem einen wie in dem anderen Falle nicht über die Person des Vaters und der Kinder hinaus[27]). — Als mit dem kirch-

---

[24]) *Nou. 18. l. l.* „. . . δίδομεν αὐτοῖς, καὶ ἀδιαθέτων τῶν γονέων τελευτώντων, δύο τῆς πατρῴας οὐσίας ἔχειν οὐγκίας ἅμα τῇ μητρὶ μεριζομένας, ὁπόσοιπερ ἂν εἶεν οἱ παῖδες, ὥστε ἑνὸς παιδὸς πρὸς ἀναλογίαν καὶ τὴν μητέρα λαμβάνειν." *cf.* Athanasius Emisenus, *Comm. de Nouell.* Heimbach, *Anecd. Tom. I. p. 99.* „τὸ ς' μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας οἱ φυσικοὶ λήψονται παῖδες μετὰ τῆς οἰκείας τοῦτο μεριζόμενοι μητρός." Unhaltbar ist es, wenn Mayer, Int.-Erbr. der *lib. nat.* p. 20. Anm. 30. die Concubine nur unter der Bedingung zur Theilnahme an dieser Erbportion zulassen will, dass sie bis zum Tode des Verstorbenen in seinem Hause zugebracht habe. Jenes ταῦτα φαμέν nämlich bloss auf das Erbrecht der Kinder beziehen, nicht auch von der Theilung mit der Mutter verstehen wollen, da doch der unmittelbar vorhergehende Satz von beiden redet, ist reine Willkür. In der That weiss die ganze Byzantinische Jurisprudenz, Athanasius, Theodorus, wie die Basiliken nichts von einer solchen Voraussetzung für die Berechtigung der Concubine.

[25]) Manche wollen ihr nach Analogie ihrer testamentarischen Capacität bei dem Vorhandensein ehelicher Descendenz (s. unten §. 19.) ein Zwölftel auch *ab intestato* zukommen lassen. So Glück, a. a. O. §. 129. und die dort Citierten. Eine eigene Dissertation gegen die im Texte aufgestellte Ansicht rührt her von *I. M. Rossmann, De successione concubinae si sola superstes sit. Mogunt. 1787.* Allein die Novelle beruft ausdrücklich bloss die Kinder und verpflichtet sie, ihr Sechstel mit der Mutter zu theilen (vgl. Anm. 24.). Ein selbständiges Recht ist letzterer also nicht gegeben, s. auch Puchta, Pand. §. 455. Anm. d. Vorles. ebd. Bd. II. p. 310. Thibaut, Pand. 9. Ausg. §. 875. Anm. 3. — Umgekehrt aber hängt der Successionsanspruch der Kinder nicht davon ab, dass ihre Mutter noch lebe, sogar die Scheidung derselben vom Vater schadet ihnen nicht, wenn sie nur im Hause bei ihm geblieben sind. *Nou. 18. c. 5.* „. . . . ἢ καὶ προαπελθούσης τῆς παλλακῆς, θανάτῳ τυχὸν ἢ χωρισμῷ, οἱ παῖδες αὐτῷ κατὰ τὴν οἰκίαν εἶεν" heisst es in der Anm. 20. offen gelassenen Lücke. *cf. Nou. 89. c. 12. §. 4.*

[26]) *Nou. 89. c. 13.* Die Analogie erstreckt sich sowohl auf die Voraussetzungen, das Nichtvorhandensein rechtmässiger Descendenz und einer legitimen Ehefrau der natürlichen Kinder, wie auf den Umfang des Erbrechtes, welches auch hier auf ein Sechstel beschränkt ist.

[27]) In einem eigentlichen Verwandtschaftsverhältnisse stehen sie ja auch nach *Nou. 18.* und *Nou. 89.* nicht zu einander, und also auch

lichen[28]) und reichsgesetzlichen[29]) Verbote des Concubinates dieser zu einer durchaus unerlaubten Geschlechtsverbindung wurde, hätte eigentlich das bisherige Vorrecht der *liberi naturales* vor den übrigen unehelichen Descendenten einfach wegfallen sollen[30]), indem sich jetzt kein dem Römischen Concubinate entsprechendes Verhältniss mehr vorfand, auf welches die Justinianischen Bestimmungen sich fernerhin anwenden liessen. In der Praxis wurde jedoch dieser Erbanspruch nicht nur nach wie vor unverändert beibehalten[31]),

---

keines von beiden zu den Verwandten des Anderen, s. auch *Athanasius*, *l. l. p. 140.* „*περὶ νόθων ἐγγόνων τὰ εἰρημένα παλαιοῖς κρατείτω νόμοις*“ nämlich in *L. 12. C. de nat. lib. V. 27.*

[28]) Allerdings war die Kirche bestrebt, den Concubinat so viel als möglich als formlose Ehe zu interpretieren (s. *Gratian. ad Distinct. XXXIV. c. 4. init. Gloss. ad h. l.; ad c. 5. eod.*); nur, wo diess factisch unmöglich war, galt er als ein völlig verwerflichesVerhältniss, *Dist.XXXIV. c. 6; Caus. 32. Quaest. 2. c. 12. Qu. 4. c. 4. 9. al.*

[29]) R. P. O. v. 1530. Tit. 33. R. P. O. v. 1548. Tit. 25. §. 1. R. P. O. v. 1577. Tit. 26. §. 1. „Dieweil auch viel leichtfertiger Personen ausserhalb von Gott auffgesetzter Eh zusammen wohnen, so ordnen und wöllen wir, dass ein jede Geistliche und Weltliche Obrigkeit, der solches ordentlich zugehört, ein billich Einsehen haben soll, damit solche offentliche Laster, der Gebühr nach ernstlich gestrafft und nit geduldet werden.“

[30]) Vgl. *Cuiacius, Obs. V. c. 6. i. f.* Mayer, a. a. O. p. 29—43. Puchta, Vorles. §. 455. Bd. II. p. 310. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 413. Anm. 1. p. 53 f. v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik. Bd. II. p. 549 ff. u. A. m.

[31]) Die Gründe, welche man hierfür geltend machte, sind hauptsächlich folgende: „wie schon das Römische, so habe auch das kirchliche Recht den Concubinat gemissbilligt; so gut nun in jenem die Concubinenkinder dennoch ein Erbrecht gehabt, liege auch kein Widerspruch darin, es ihnen noch jetzt zu lassen; in der That hätten die canonischen Quellen es nirgend direct aufgehoben, es bestehe also namentlich bei der durchaus positiven Natur aller erbrechtlichen Vorschriften unverändert fort; zudem machten sich nur die Eltern des Kindes einer Uebertretung des Gesetzes schuldig, es sei daher unbillig, deshalb das letztere zu bestrafen.“ — Daran hat man übrigens streng festgehalten, die natürlichen Kinder von dem väterlichen Vermögen dann auszuschliessen, wenn eine legitime Ehefrau bei dem Ableben des Erblassers zurückbleibt, sollte sie ihrerseits gleich durchaus keinen Erbanspruch auf das Vermögen ihres verstorbenen Mannes zu machen im Stande sein; s. besonders

sondern selbst auf alle unehelichen vom Vater anerkannten[32]) Kinder ausgedehnt[32a]), und das insoweit freilich durchaus consequent, als gar kein Grund vorlag, die Concubinenkinder vor den übrigen illegitimen Sprösslingen noch irgend zu bevorzugen. Eine Ausnahme machte man einzig hinsichtlich der aus einer an sich, nicht bloss ihrer Formlosigkeit wegen, unerlaubten Geschlechtsverbindung Stammenden, der *incestuosi, adulterini* u. s. w.[33]) und allenfalls der von einer öffentlichen

---

Becmannorum fratr. consil. Tom. II. p. 399 §. 7. Seuffert, Arch. Bd. I. Nro. 87. — Im nordwestlichen Deutschland dagegen hat jene Praxis keine Anerkennung gefunden, vgl. wegen Hamburgs und Hannovers Seuffert, Arch. Bd. VI. Nro. 223. Bd VII. Nro. 202. s. auch oben Anm. 12. wegen Holsteins und Meklenburgs; so wie Seuffert, a. a. O. Bd. XII. Nro. 343. Prov.-R. f. N. V. Pomm. u. Rügen Thl. III. p. 105. Doch ist selbst in diesen Theilen Deutschlands ein häufiges Schwanken in den gerichtlichen Entscheidungen zu bemerken, vgl. z. B. hinsichtlich Braunschweigs Westphal, Rechtsgutachten Nro. 602. p. 357.

[32]) Die Nothwendigkeit der Anerkennung durch den Vater ist ja schon im Römischen Rechte hinsichtlich der *liberi naturales* vorgeschrieben; sie sollen im Hause desselben aufgezogen werden. Unsere Juristen setzen diese Anerkennung meist stillschweigend voraus; daher tritt dieser Punkt auch in der trefflichen dogmengeschichtlichen Arbeit Mayer's mehr als billig zurück. Dennoch kann darüber kein Zweifel sein, dass das gemeine Recht die freiwillige Annerkennung der unehelichen Kinder als unerlässliche Bedingung ihres Erbrechtes behandelt. S. auch Seuffert, a. a O. Bd. I. Nro. 88. Bd. XII. Nro. 343 f. Vgl. noch Meister, Pract. Bemerk. Bd. I. Nro. XIV.

[32a]) Ich kann mich deshalb im Allgemeinen auf die Ausführungen bei Mayer berufen. In Hinsicht auf die Deutsche Facultätspraxis füge ich hinzu: Es haben noch in neuester Zeit folgende Spruchcollegien das fragliche Erbrecht anerkannt: Erlangen, Göttingen und Breslau i. S. Ebenhöcht ca. Hoffmann; Halle und Würzburg i. S. Angermann ca. Geschwister Werner; Berlin und Leipzig i. S. Friedrichs ca. Walther. Verworfen ist dasselbe von Giessen in dem erstgenannten Rechtsstreite.

[33]) *C. 6. X. qui fil. sint legit. IV. 17.* Vgl. u. A. *Lauterbach, Colleg. Pand. Tom. II. p. 1084. §. 20. Berger, Oeconom. iur. p. 447. Hofacker, Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1420.* das Jenaer Urtheil von 1634 bei Hermann, a. a. O. p. 191. Seuffert, a. a. O. Bd. I. Nr. 87. — Durchaus consequent liess daher die Erfurter Facultät einen *adulterinus*, der sogar aber ohne Vorwissen des Vaters legitimiert worden war, zu dessen Erbschaft, obwohl weder legitime Kinder, noch eine Ehefrau des Verstorbenen bei seinem Ableben mehr existierten, nicht zu. *Schorch, Resp. Erford. resp. 284. §. 7. 11. 12. 14.* Anders

Dirne geborenen Abkömmlinge[34]); ihnen wurde kein Intestaterbrecht gegen den Vater zugestanden[35]). Allerdings fehlte es besonders im achtzehnten Jahrhunderte in Deutschland nicht an Widerspruch gegen diese Rechtsübung[36]); derselbe war aber weder stark, noch verbreitet genug, als dass man die Gemeingültigkeit der letzteren mit Fug in Zweifel ziehen dürfte. Die Mutter der unehelichen Kinder an dieser Erbfolge *pro parte uirili* Theil nehmen zu lassen, liegt jedoch durchaus kein Grund vor, und demgemäss behandelt die neuere Praxis auch das oben erwähnte Justinianische Erbrecht der Concubine wegen der Unerlaubtheit des Concubinates als aufgehoben (Seuffert, Arch. Bd. IX. Nro. 46.).

Der Mutter sind die unehelichen Kinder ebensowohl blutsverwandt wie die ehelichen (*L. 4. D. unde cogn. 38. 8. L. 4. §. 2. D. de gradib. 38. 10.*) und beide daher in völlig gleicher Weise ihr gegenüber erbberechtigt[37]). Auch ist die

---

natürlich, wenn ein solcher *adulterinus per subsequens matrimonium* legitimiert ist, s. Seuffert, Arch. I. 352. V. 188. XIII. 43. oder *per rescriptum* auf Ansuchen des Vaters.

[34]) Diese wurden vielfach als *uulgo quaesiti*, oder *spurii* den *liberi naturales* im weiteren Sinne (als den Abkömmlingen einer Person, die sich nur einem Manne hingegeben) entgegengesetzt; indessen ist diese Terminologie nicht feststehend. Hinsichtlich der Ausschliessung der von einer *meretrix* Geborenen, vgl. u. A. *Brokes, Obseru. 479. Berger, Oeconom. iur. p. 450. Koch, Success. ab intest. §. 34.*, von denen namentlich Berger hervorhebt, wie ein solches Kind auch dann nicht Erbe wird, wenn der Vater sich zufällig mit Sicherheit sollte ermitteln lassen.

[35]) Anders natürlich, wenn die *incestuosi* u. s. w. aus einem *matrimonium putatiuum* stammen.

[36]) S. bes. Mayer, a. a. O. p. 118 ff.

[37]) Vgl. *L. 2. D. unde cogn. 38. 8.; §. 3. I. ad Sc. Orphit. III. 4. Paull. R. S. IV. 10. §. 1. L. 1. §. 2. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 18. D. de bon. lib. 38. 2.* Dass man den unehelichen Kindern als aus einer unerlaubten Verbindung entsprungen ihren Successionsanspruch nicht auf Grund der *Nou. 74. c. 6; 89. c. 15.* nehmen könne, darüber vgl. unten Anm. 40. v. Bülow u. Hagemann, a. a. O. Bd. IX. Nro. 12. Auch beschränkt sich dieses Erbrecht nicht etwa bloss auf die Person der Mutter, sondern deren Ascendenten und Collateralen werden von dem unehelichen Kinde gleichfalls beerbt. *L. 8. D. unde cogn. Brunnemann, Decis. Cent. III. resp. 83.* v. J. 1659. Seuffert,

Justinianische Vorschrift (*L. 5. C. ad Sc. Orphit. VI. 57. cf. Basil. Lib. 45. Tit. 1. c. 42.*), wonach die ausserehelichen Kinder einer *mater illustris* neben ehelichen nicht erben sollen, heutzutage schon aus dem Grunde antiquiert, weil die Rangordnung der Byzantinischen Beamtenwelt bei uns nicht mehr existiert[38]). — Eine zweite Ausnahme, behauptet man gewöhnlich[39]), werde bereits nach Römischem Rechte (*cf. L. 6.*

Arch. Bd. I. Nro. 256. und wie die Kinder der Mutter, so succediert letztere und deren Verwandte den Kindern. *cf. Paull. R. S. l. l. L. 2. §. 1. D. ad Sc. Tert. §. 7. I. eod. III. 3.*, vgl. oben §. 10. Anm. 92. u. 115., vgl. ferner die Leipziger Urtheile von 1629 u. 1635 bei *Carpzow, Defin. forens. Pars IV. const. 28. Defin. 7. i. f.; Consil. Tubing. Tom. III. cons. 159.* v. J. 1650. — Das dieser Erbfolge zu Grunde liegende cognatische Princip (s. noch *§. 4. I. de succ. cogn. III. 5.*) wird vollständig verkannt von *Cuiacius, Obseru. Lib. XXVI. c. 23.*, der die Unehelichen dem mütterlichen Grossvater gegenüber nicht für erbberechtigt hält, und von *Bynkershoek, Quaest. iur. priu. Lib. III. c. 11.*, welcher ihnen jeden Erbanspruch gegen die Collateralen der Mutter versagt. S. überhaupt *Geo. Anckelmann, De successione ab intestato liberorum naturalium et spuriorum in bona matris eiusque collateralium. Götting. 1764.* v. Holzschuher, a. a. O. Bd. II. p. 552.

[38]) Vgl. u. A. Glück, Int.-Erbf. p. 521—523. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. §. 433. Bd. III. p. 195. Thibaut, Pand. Bd. II. §. 877. p. 208. Mühlenbruch, Comm. Bd. 35. p. 158. v. Vangerow, Pand. Bd. II. p. 54. Arndts, Pand. §. 476. Anm. 1. Der Versuch, die Vorschrift der *L. 5. C. cit.* auf die adliche Mutter zu übertragen, ist höchstens in einzelnen Particularrechten, nicht aber für das gemeine Recht gelungen, s. z. B. *Meuius, Decis. Pars II. dec. 83.*

[39]) So heisst es schon in *Petri Except. leg. Rom. Lib. I. c. 39.* (bei Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M. A. Bd. II. p. 342). „*Unum tamen non dubites, quod si quis incestas contraxerit nuptias sciens uel ignorans, filii, qui probabuntur nati ex tam incesto coitu, nullo modo, nullo tempore patri uel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos*“; und ähnlich im *Brachylogus Lib. I. Tit. 9. §. 11.* „*Sin autem liberi legitimi sint, poena patris sui iuris fiant, et paternas uel maternas accipiant facultates, ita tamen, ut parentibus necessaria administrent.*“ Dagegen darf man die Aeusserungen der Byzantinischen Novellen-Commentatoren, des Athanasius („*μετὰ διετίαν εἰ μὴ λυθῇ ὁ ἀθέμιτος γάμος, καὶ ἡ προῖξ καὶ ἡ περιουσία τοῦ ἀνδρὸς δημεύεται, καὶ οἱ ἀθέμιτοι παῖδες ἀποκλείονται τῆς διαδοχῆς*“ bei *Heimbach, Anecd. Tom. I. p. 136*) und Theodorus („*εἰ γὰρ τῆς διετίας διαδραμούσης μὴ λύσῃ τὸν ἀθέμιτον γάμον, τότε δημεύεται πᾶσα τοῦ μὲν ἀνδρὸς ἡ περιουσία, τῆς δὲ γυναικὸς ἡ προῖξ*

C. de incest. nupt. V. 5. = L. 3. C. Th. eod. III. 12. Nou. 12. c. 1. 3. Nou. 74. c. 6. Nou. 89. c. 15.) bezüglich der *ex damnatis amplexibus* Entsprossenen gemacht; diese hätten selbst gegen die Mutter kein Erbrecht, ja sie würden überhaupt nicht als Kinder ihrer Eltern betrachtet[40]). Obgleich diese Sätze sich kaum für die Erbfolge in das mütterliche Vermögen beweisen lassen[41]), die Römischen Quellen die-

. . . . . *οἱ γὰρ ἐκ τοῦ ἀθεμίτου γάμου τεχθέντες αὐτοῖς οὐδὲν παντελῶς λήψονται*" bei Zachariae, *Anecd. p. 22*) wohl nur für nicht ganz genaue Umschreibungen des von Justinian in *Nou. 12. c. 3.* Gesagten ansehen, ihnen aber keinesweges den Sinn unterlegen, den die Worte des Petrus und des Brachylogus offenbar haben. Von Neueren vgl. noch Spangenberg, Archiv f. d. civ. Prax. Bd. XII. p. 447 ff. v. Bülow, Abhdlg. Bd. I. p. 241. Thibaut, Pand. §. 875. not. r. Bd. 2. p. 207. Glück, Intestaterbf. §. 133. Göschen, Vorles. Bd. III. §. 908. Puchta, Pand. §. 41. Not. l. Brinz, Pand. p. 804. Francke, Notherbenr. p. 179 u. A. m.

[40]) Mit Rücksicht auf *L. 6. C. cit. uerb.* „*Si quis incesti uetitique coniugii sese nuptiis funestauerit, proprias, quamdiu uixerit, teneat facultates, sed neque uxorem, neque filios ex ea editos habere credatur*", wo allerdings zunächst bloss von dem Vater die Rede ist. *cf. Collat. Tit. VI. c. 4. §. 3. ed. Huschke.*

[41]) Die Grundlage für sämmtliche Rechtssätze über die Intestaterbfolge der *incestuosi* bildet *L. 6. C. cit.*, wo ihrer zuerst als einer besonderen Klasse gedacht ist, während man sie vordem einfach zu den *spurii* rechnete. *L. 6. pr. D. de decurion. 50. 2. L. 23. D. de stat. hom. 1. 5. c. 2. C. Th. de incest. nupt. III. 12.* Nachdem dort zuerst gesagt ist, dass die aus einer blutschänderischen Ehe geborenen Kinder gar nicht als Abkömmlinge ihres Vaters betrachtet werden sollen, dass er ihnen in keiner Weise irgend etwas aus seinem Vermögen zuwenden dürfe, dass er nur von seinen nächsten Verwandten beerbt werden, auch einzig zu ihren Gunsten testieren könne, so weit sie nicht etwa durch Beförderung jener Verbindung ihren Successionsanspruch verwirkt haben, heisst es weiter „*Ea sane, quae de uiris cauimus, etiam de feminis, quae praedictorum sese consortiis commaculauerint, custodiantur*". Es fragt sich nun, ob man diese Bestimmung bloss auf das unmittelbar Vorhergehende beziehen will, wo dann die Fähigkeit der Frau, ein Testament zu errichten, ebenfalls im Interesse ihrer Intestaterben, zu denen die incestuosen Kinder aber immer noch gehören könnten, beschränkt sein würde, oder ob man jene Hinweisung auch auf die Eingangsworte zurückerstrecken will, wo dann, abweichend von dem früheren Rechte (*Gai. I. §. 64.*), die Kinder der Mutter ebenso fremd wie dem Vater gegenüber stehen würden. Das Letztere erscheint, wenn wir aus-

selben vielmehr bloss in Rücksicht auf die väterliche Erbschaft aussprechen, und sie jedenfalls lediglich auf die *ex*

---

schliesslich die *L. 6. cit.* vor Augen haben, in der That als das Richtigere; und so haben Manche, z. B. Vering, a. a. O. p. 648, unerachtet sie einräumen, dass dieser Satz für das spätere Römische Recht keine Geltung mehr hatte, doch wenigstens für die Zeit des Arkadius und Honorius wirklich die Erbunfähigkeit der *ex incestis nuptiis procreati* gegen ihre Mutter behauptet. — Bei einer Vergleichung mit den späteren Constitutionen des Theodosischen Codex und den übrigen Stellen der Justinianischen Gesetze, welche der *incestuosi* gedenken, muss man jedoch gegen die versuchte Auslegung der *L. 6.* wieder sehr misstrauisch werden. (S. auch Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 35. p. 158 ff.). So wird in *L. 4. C. Th. de incest. nupt.* bloss die Ausschliessung von der väterlichen Erbschaft erwähnt. Ferner enthält die *L. 45. C. de episcop. et cler. I. 3.* von den Kindern der Priester folgende Worte „*Τοιούτους γὰρ αὐτοὺς τίθεμεν, ὁποίους οἱ νόμοι τοὺς ἐξ ἐγκέστων ἢ νεφαρίων τεχθέντας γάμων διορίζουσι, ὥστε μηδὲ φυσικοὺς ἢ νόθους νοεῖσθαι, ἀλλὰ πανταχόθεν ἀπηγορευμένους καὶ διαδοχῆς γονέων ἀναξίους, οὔτε δωρεὰν λαμβάνειν παρ᾽ αὐτῶν δυναμένους, οὐδὲ αὐτούς, οὐδὲ τὰς τούτων μητέρας, οὐδὲ παρενθέτων προσώπων, ἀλλὰ πασῶν τῶν εἰς αὐτοὺς γινομένων παρὰ τῶν πατέρων φιλοτιμιῶν ὑπὸ τὴν ἁγιωτάτην ἐκκλησίαν, ἐξ ἧς εἰσὶν οἱ τοῦτο ἁμαρτάνοντες, ἐρχομένων*“. Offenbar wird hier als Folge der Gleichstellung mit den *incestuosi* nur die Unmöglichkeit, Erbe des Vaters zu werden, genannt, die Fähigkeit, die Mutter zu beerben, aber stillschweigend in dem Verbote von Zuwendungen an dieselbe anerkannt. Auch *Nou. 12. c. 3.* lässt *argumento a contrario* auf diese Fähigkeit schliessen. „*Εἰ δὲ μὴ τὴν γαμετὴν ἀποπέμψαιτο ἐνιαυτῶν εἴσω δύο, ἀφ᾽ οὗπερ ὁ νόμος δημοσίᾳ γένοιτο φανερός, αὐτός τε ἐκπιπτέτω τῆς αὐτοῦ περιουσίας καὶ ἡ γυνὴ τῆς προικός, ... οἵ τε τοιοῦτοι παῖδες οὐδὲν ἐκ τῆς πατρῴας περιουσίας ἕξουσιν, ουδὲ μὴν τῆς μητρῴας προικός.*“ also, kann man ergänzen, erhalten sie von dem übrigen Vermögen der Mutter, die hier von allgemeiner Confiscation desselben verschont bleibt, allerdings ihren Theil, und doch stellt der Kaiser den Fall der Uebertretung seiner transitorischen Bestimmung ganz auf eine Linie mit dem nach der Publication des Gesetzes durch die Eingehung einer incestuosen Ehe begangenen Verbrechen; die Strafe soll, abgesehen von der milderen Behandlung der nicht rechtzeitig von ihrem Manne getrennten Frau, beidemal dieselbe sein. — *Nou. 74. c. 6.* und *Nou. 89. c. 15.* berühren das Verhältniss der *incestuosi* zur Mutter gar nicht, sondern wiederholen nur, dass sie dem Vater gegenüber nicht zu dessen *liberi naturales* gerechnet werden dürfen; auch die Worte der letzten Stelle „*οὗτος οὐδὲ φυσικὸς ὀνομασθήσεται, οὐδὲ ἀπογραφήσεται παρὰ τῶν γονέων*“ ist, wie überhaupt noch sonst der Ausdruck *γονεῖς* häufig, z. B. in *L. 45. C. cit.* einzig von dem Vater zu verstehen. Vgl. Mühlenbruch, a. a. O.

incestis nuptiis Geborenen erstrecken[42]), so behandelt unser heutiges gemeine Recht doch alle *incestuosi* und *adulterini* — natürlich von den aus einer vermeintlichen Ehe Stammenden abgesehen — durchaus gleichmässig und versagt ihnen gegen Vater wie Mutter jeglichen Successionsanspruch[43]).

---

p. 159 und die dort Angeführten. Mag man nun über die Auslegung der *L. 6. C. cit.* denken, wie man will, jedenfalls würde die einschlägliche Bestimmung derselben nicht erst durch *Nou. 12.*, sondern schon vor *L. 45. C. cit.* aufgehoben worden sein.

[42]) *L. 6. C. cit.* „*Si quis incesti uetitique coniugii sese nuptiis funestauerit* . . . *Nou. 12. c. 1.* „εἴ τις ἀθέμιτον καὶ ἐναντίον τῇ φύσει . . . . συναλλάξει γάμον“ . . . *Nou. 74. C. 6.* „τοὺς γὰρ ἀπὸ τῶν καθάπαξ παρ' ἡμῶν μεμισημένων τε καὶ διὰ τοῦτο κεκωλυμένων γάμων προϊόντας“ . . . *Nou. 89. C. 15.* „. . . πᾶς ὁ ἐκ συνελεύσεων (οὐ γὰρ καλέσομεν γάμων) ἢ νεφαρίων ἢ ἰγκέστων ἢ δαμνάτων προελθών . . .“ vgl. Francke, a. a. O. Brinz, a. a. O. u. A. m. Dass wir namentlich bei der Häufung der Epitheta an letztem Orte nicht an verschiedene Vergehen zu denken haben, zeigt *Nou. 12. c. 1.* Jene Bezeichnungen wechseln schon in älteren Gesetzen ab; so heissen die *incestae nuptiae* „*nefariae*“ z. B. *Collat. Tit. VI. c. 5. cf. c. 4. §. 3. 8. ibid.*; „*damnatum coniugium*“ in *L. 3. C. Th. de incest. nupt. III. 12.* u. sonst. Wenn z. B. Rosshirt, Int.-Erbr. p. 213 f. hiergegen einwendet, der Kaiser könne unmöglich den Incest im unehelichen Gewande weniger streng angesehen haben, als den im ehelichen, so ist auf Grund der in der vorigen Anmerkung a. Anf. gegebenen Ausführung zu erwidern, dass es hinsichtlich der aus einer unehelichen Verbindung entsprungenen *incestuosi* gar keiner besonderen Regel bedurfte, welche sie von dem Rechte der *liberi naturales* ausschloss, da sie schon als *spurii* keine Ansprüche gegen den Vater machen konnten. Freilich sind auch die aus einer incestuosen Ehe Geborenen der juristischen Consequenz nach bloss *spurii*, doch war es neben der eigenthümlichen Form der Eingehung jener Verbindung und namentlich den nationalen Anschauungen der Asiaten (*Collat. Tit. VI. c. 4. §. 3. cf. interpretes ad h. l.*) gegenüber nicht überflüssig, darauf ausdrücklich aufmerksam zu machen, wie diess sogar in Bezug auf die mit einem für frei gehaltenen Sklaven abgeschlossene Ehe in *L. 3. C. sol. matr. V. 18.* geschieht. Andererseits liegt ein gewisser Widerspruch darin, dass diejenigen, *qui patrem habere non uidentur* (*Gai. I. §. 64.*), doch als *incestuosi* gelten sollen, und man darf daher wohl fragen, ob man über diesen Widerspruch auch da hinweggesehen habe, wo dem unerlaubten Geschlechtsverhältnisse selbst die äussere Form der Ehe fehlte; s. auch Spangenberg, a. a. O. p. 453.

[43]) Vgl. *Huber*, *Prael. iur. ciu. Inst. Lib. III. De success. ab int. sec. Nou. 118. p. 270. Nro. 8.* Glück, Int.-Erbf. §. 136. p. 503, wo-

Einzig insofern ist eine Milderung eingetreten, als den Eltern in Uebereinstimmung mit dem canonischen Rechte (*c. 5. X.*

---

selbst Anm. 69. eine grössere Zahl von Rechtslehrern für diese Praxis angeführt wird. Thibaut, Pand. Bd. II. §. 875. p. 207. Puchta, Pand. §. 455. Anm. h. Rosshirt, Dogmengesch. p. 340. Zwar fehlt es nicht an gegnerischen Stimmen, s. z. B. *Lauterbach*, *Coll. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 9.* der wenigstens der Mutter erlaubt, die Kinder testamentarisch zu bedenken, obschon er ihnen die *querela inofficiosi* und das Intestaterbrecht ebenfalls versagt. *Lib. V. Tit. 2. §. 19. Lib. XXXVIII. Tit. 17. §. 20.;* und aus neuerer Zeit sind namentlich diejenigen hierher zu rechnen, welche im engeren Anschlusse an die Römischen Quellen die gemeine Ansicht entweder überhaupt verwerfen, wie v. Vangerow, Pand. Bd. II. p. 55. Rosshirt, Erbr. p. 211 ff. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Bd. III. p. 195. Anm. w., oder dieselbe wie v. Holzschuher, a. a. O. Bd. II. p. 548. Spangenberg, Bülow, Göschen, Brinz, an den Anm. 39. citierten Stellen, das Berliner Ob.-Trib. in dem Urtheile bei Seuffert, Arch. Bd. I. Nro. 257. u. A. m., doch nur im Falle einer incestuosen Ehe für begründet ansehen. — Eine ausreichende Anzahl von Präjudicien zusammenzubringen, wird bei der Seltenheit derartiger Rechtsstreitigkeiten nicht leicht sein; dennoch fehlt es nicht gänzlich daran; s. z. B. *Carpzow*, *Iurisprud. forens. Pars III. const. 14. defin. 11.*, ferner die bei Hermann, a. a. O. p. 190. 191. mitgetheilten Rechtssprüche der Jenenser Facultät von 1625 und 1634, vgl. auch Seuffert, Arch. Bd. I. Nro. 256. a. E. Dazu kommt das einstimmige Zeugniss der bedeutendsten Praktiker, s. z. B. *Hartm. Pistoris*, *Quaestion. Pars I. Qu. 42. §. 2. Gaill*, *Obseruat. pars II. obs. 115. §. 9. 10. Klock*, *Consil. Tom. III. cons. 106. §. 82. sq.* Stryk in einem Frankfurter Facultätsresponsum von 1694 in den *Consil. Halens. Tom. I. pars 1. cons. 83. §. 11.* nennt diesen Satz „offenbahren Rechtens.“ *Mantzel*, *Ius Mecklenburgic. Centur. IV. Nro. 44.* u. A. m. Freilich stützen sie alle ihre Entscheidungen auf die von ihnen falsch verstandenen, oben berührten Stellen des *corpus iuris;* diese bilden indessen doch so wenig den eigentlichen Grund ihrer Rechtsansicht, dass sie sich keinesweges an das Mass desjenigen gebunden erachten, was jene Quellenzeugnisse ihrer eigenen Auslegung nach sagen. So fordert das Römische Recht zum Thatbestande des *adulterium,* dass dasselbe an einem Eheweibe begangen sei, *„adulterium in nupta committitur“ L. 6. §. 1. L. 34. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.* Nichts desto weniger sprechen unsere Juristen wegen der durch die kirchliche Gesetzgebung hier bewirkten Begriffserweiterung auch dem von einem Ehemanne mit einer ledigen Frauensperson erzeugten Kinde jedes Erbrecht gegen die Mutter ab; s. die Fälle bei *Stryk*, *Tract. de succ. ab int. Disp. I. cap. 2. §. 57.* Becker, Rechtsfälle Bd. IV. *obs. 236.* Overbeck, Meditationen

de eo qui duxit. IV. 7.) die Pflicht, derartige Kinder zu alimentieren, auferlegt wird, und selbst aus deren Nachlasse die dazu nöthigen Mittel gefordert werden dürfen [44]). —

Bd. XI. Nro. 582. p. 270 ff., vgl. ferner den Leipziger Schöffenspruch von 1620 bei Hermann, a. a. O. p. 193.; das Wittenberger Falcultätsgutachten bei *Wernher, Obseru. select. Tom. II. pars 6. obs. 317.;* eine übereinstimmende holländische Praxis bezeugt *Voet, Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 9.* Demnach haben wir es hier ohne Zweifel mit einem selbständig aus dem christlich-modernen Rechtbewusstsein hervorgegangenen Gewohnheitsrechte zu thun, das sich zum Theil wohl in Anlehnung an ältere eigenthümlich germanische Rechtssätze entwickelte, nach denen uneheliche Kinder überhaupt kein Erbrecht gegen ihre Eltern besitzen. Wegen dieser wesentlich ethischen, dem positiven Rechte abgewandten Grundlage der vorliegenden Bestimmung werden wir unter dem Inceste lediglich eine Verbindung solcher Personen verstehen dürfen, die in einem indispensablen Grade mit einander verwandt sind; und ebendeshalb wird das Kind eines katholischen Geistlichen, obwohl die *L. 45. C. de episc. et cler. I. 3.* als *lex restituta* hier nicht den Ausschlag geben kann, immer als *incestuosus* behandelt werden müssen; vgl. *Zasii, Consil. Lib. II. cons. 17. Joh. Fichard, Consil. Tom. I. cons. 48.* Als reine *spurii* dagegen sind die in Nothzucht Erzeugten anzusehen, indem ihnen die Schuldlosigkeit der Mutter ähnlich wie bei dem *matrimonium putatiuum* die des gutgläubigen Theils zu Nutze kommen muss (diess erkennen bereits die Italiener an, s. z. B. *Nicol. de Vbaldis, l. l. fol. 341. §. 45. Mathesilanus, ibid. fol. 324. §. 18.*), freilich ohne ihnen (was *Koch, succ. ab int. §. 36.* irrthümlich annimmt) die Rechte ehelicher Descendenten gewähren zu können, s. auch Glück, a. a. O. p. 525 f. v. Holzschuher, a. a. O. p. 548. 549.

[44]) Vgl. u. A. *Schorch, Resp. Erford. resp. 340. §. 13.* Das Jenenser Responsum von 1634 und den Leipziger Schöffenspruch von 1620 bei Hermann, a. a. O. p. 191. 193., s. auch Glück, a. a. O. p. 520. — Allerdings hat man in neuerer Zeit, s. z. B. Spangenberg im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. I. Nro. 5. p. 83—95. F. Kaucher, ebd. Bd. III. p. 441—448. Vangerow, Pand. Bd. I. p. 553. die angeführte Decretale in einem dem Römischen Rechte durchaus entsprechenden Sinne nur von *liberi naturales* verstehen wollen. Man übersieht dabei, dass sie selbst bei der versuchten Auslegung über die Bestimmungen des Römischen Rechtes hinausgehen würde, indem hier eine Ehe zwischen den Eltern der Kinder jedenfalls nicht möglich war (vgl. Schrader, Abhdlg. Hannov. 1808 p. 17.). Aber auch davon abgesehen, möchte die Praxis den Geist der Decretale richtiger aufgefasst haben als die Späteren. Eben weil der Pabst den Punkt ganz unerörtert lässt, ob die Kinder *adulterini* seien oder nicht (und aus einem qualificierten *stuprum* stammten

Eine unzweifelhafte Ueberschreitung der von unserer Praxis hierbei beobachteten Grenzen ist es jedoch, wenn einige Juristen sämmtliche aus einem einfachen *stuprum* herrührenden Descendenten mit in jene Kategorie setzen wollen[45]). —

§. 13. Ehe[1]).

Die Affinität ist im Allgemeinen kein Grund zur Erbfolge[2]). Nur die Ehe macht davon eine Ausnahme. Sie

---

sie doch immer), kommt es ihm für seine Entscheidung hinsichtlich der Alimente offenbar darauf nicht an. Und weist nicht die Betonung der „*saeculares leges*“ in *c. 13. X. qui fil. sint legit. IV. 17.* gleichmässig darauf hin, dass die Kirche diese Frage anders behandle? Zwar giebt sie nicht direct den Descendenten selbst einen Anspruch, wohl aber legt sie dem Richter die Verpflichtung auf, ihnen von Amtswegen den nöthigen Unterhalt aus dem elterlichen Vermögen zu verschaffen; erst die Praxis hat daraus einen selbständigen Rechtsanspruch gemacht. Dass sie nun heutzutage unzweifelhaft und feststehend sei, erkennen übrigens selbst ihre Gegner an, wie Spangenberg, a. a. O. p. 83. S. auch das Urtheil des O. A. G. zu Darmstadt v. 1850 im Arch. f. pract. R.-W. Bd. VI. p. 503. 504.

[45]) Vgl. dazu Glück, a. a. O. p. 523 f. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. VIII. Nro. 12.

[1]) S. Glück, Intest.-Erbf. §. 101. §. 117—126. Rosshirt, Einl. p. 167—174. p. 186—200. Hunger, Erbr. §. 113. p. 369. 370. §. 132. p. 428—430. Mayer, Erbr. §. 62. p. 160. §. 71. p. 175. 176. Arndts im Rechtslex. Bd. V. p. 697. v. Holzschuher, a. a. O. p. 570. 571. Vering, Erbr. p. 622. 659. *Strauch, Disputationes VII de successionibus ab intestato. Vitebergae 1645. Disp. VI. De successione coniugum.*

[2]) Vgl. *L. 3. L. 7. C. comm. de succ. VI. 59.* und Rosshirt, a. a. O. p. 156. 157. — Die *L. 5. C. eod.* gehört eigentlich nicht hierher, sie handelt in dem bezüglichen letzten Satze von der Unfähigkeit sogenannter zusammengebrachter Kinder, einander zu beerben. Der Text der Stelle ist verderbt, aber doch ohne grosse Gewaltsamkeit zu restituieren. Ich lese „*Nam si amitini tui alio etiam patre nati sunt, quamquam eorum matris priuigni sunt etc.*“ *Natis* las man irrthümlich für *natis̄* und corrigierte demgemäss auch *amitini* und *tui* in den Dativ um; *quamquam* findet sich sogar in einem Manuscripte des Charondas, bloss an falscher Stelle; überdiess ist die Verwechselung von *nunquam* und *quamquam* gar nicht selten. Vielleicht auch dass wir in dem „*nun*“ noch die Ueberbleibsel des vorausgegangenen *sunt* vor uns haben. Allerdings hat der Wechsel des Subjectes in den beiden durch *nam* und *quamquam*

giebt ein doppeltes Recht: 1) Die *bonorum possessio unde uir et uxor*[3]). In Ermangelung cognatischer Successionsberechtigten (*L. un. C. unde uir et ux. VI. 18. cf. Vlp. XXVIII. §. 7. Collat. Tit. XVI. cap. 9. §. 1. Ed. Theodor. c. 24*; *§. 3. i. f. I. de B. P. III. 9.*) fällt dem überlebenden Ehegatten die gesammte[4]) Erbschaft des vorverstorbenen *ab intestato* zu; vorausgesetzt, dass die Ehe gültig (*iustum matrimonium L. un. pr. D. unde uir et ux. 38. 11.*) war, und factisch bis zum Tode des Erblassers fortbestanden hat. Schon die thatsächliche, wenn auch juristisch unwirksame[5]) Scheidung zerstört diess Erbrecht (*L. un. §. 1. D. eod.*). Das blosse Vorhandensein gesetzlich gebilligter Scheidungsgründe ohne wirkliche Trennung hebt dasselbe aber noch nicht auf[5a]). Vorübergehend hatten die Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. in einer für uns verloren gegangenen Constitution dem überlebenden Ehegatten einen besseren Platz

---

eingeführten Sätzen etwas Hartes, allein auch die Conjectur des Cujacius (*Obs. XII. 7.* „*Nam si amitinis . . . natis non consanguinei eorum matris priuigni sunt*") dürfte an demselben Mangel leiden und entfernt sich noch weiter von dem überlieferten Texte.

[3]) Vgl. oben §. 10. p. 152.

[4]) Auch die Bestimmungen der *lex Iulia* und *Papia Poppaea* über die Capacität der Ehegatten übten hier keinen beschränkenden Einfluss, indem jenes Gesetz sich lediglich auf die testamentarische Erbfolge bezog, vgl. Glück, a. a. O. p. 573. Anm. 57., und so haben wir offenbar in *L. 1. C. de don. int. uir. et ux. V. 16.* an einen Fall zu denken, wo aus zufälligen Gründen die Ehefrau von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen konnte oder wollte.

[5]) Unwirksam war die Scheidung schon nach Römischem Rechte, welches sonst die Trennung der Ehe ganz in die Willkür der Ehegatten stellte, z. B. weil die für die Ehescheidung durch die *lex Iulia de adulteriis* vorgeschriebene Form nicht beobachtet wurde, *L. un. §. 1. D. cit.; L. 9. D. de diuort. 24. 2. cf. L. 35. D. de don. int. uir. et ux. 24. 1. L. 43. D. de leg. Iul. de adult. 48. 5. Iuu. Satir. VI. 146.;* ferner wenn die mit ihrem Patron verheirathete Freigelassene sich ohne seine Zustimmung von ihm scheidet. *L. 45. D. de R. N. 23. 2. L. 11. D. de diuort. cf. L. 10. D. eod. L. 50. D. de R. N.* nach der *lex Iulia* und *Papia*. Heutzutage gehört nun jede aussergerichtliche Separation der Gatten hierher.

[5a]) Vgl. *Stryk, Vs. modern. Lib. 38. Tit. 11. §. 2.*

neben und selbst vor gewissen Cognaten eingeräumt[6]). Jedoch durch *L. 9. C. Th. de legit. hered. V. 1.* v. J. 428. wurde das ältere Recht wieder hergestellt, welches wir, wie gesagt, noch in der Justinianischen Compilation in Geltung finden[6a]). 2) Das Erbrecht der armen Wittwe[7]). Nach Justinian's Vorschrift in *Nou. 53. c. 6.* v. J. 537. und *Nou. 117. c. 5.* v. J. 542. soll die unausgesteuerte Ehefrau, der es auch ausserdem an genügenden Subsistenzmitteln gebricht[8]), unter

---

[6]) *L. 9. C. Th. de legit. hered. V. 1.* „*Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogatiua defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges uel etiam comparentur.*“ Die hier erwähnte Constitution ist nicht mehr vorhanden, wir sind daher ausser Stande, etwas Genaueres über deren Inhalt anzugeben, und wissen nur, dass sie einzig kurze Zeit in Geltung war, „*Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio breuique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas*“, und mit rückwirkender Kraft durch unsere *L. 9.* aufgehoben wurde. Es ist wenigstens nicht unwahrscheinlich, dass die *L. un. C. I. unde uir et ux. VI. 18.* v. J. 427. ein (freilich völlig umgeändertes) Stück jenes älteren Gesetzes war, s. *Wenck, Cod. Theod. ad h. l. not. a. p. 278. Haenel, ad h. l. col. 454. not. x.*

[6a]) Ueber die heutige Anwendbarkeit des in Rede stehenden Erbrechtes vgl. das (aus Stryk entlehnte) Präjudiz des Magdeburger Schöppenstuhls v. J. 1575 bei Hermann, a. a. O. p. 392. Das Wittenberger Facultätsresponsum v. J. 1710. bei *Wernher, Obseruat. select. Tom. I. obs. 485.* u. v. J. 1724. *ibid. Tom. III. obs. 391.* (wo indessen in ganz unzulässiger Weise an der Römischen Agnitionsfrist festgehalten wird, vgl. deshalb oben §. 7. Anm. 54.). Dasselbe gilt von dem Urtheile des O. A. G. zu Cassel v. J. 1834. Seuffert, Arch. Bd. IX. Nr. 313. — S. ferner *Horn, Resolut. Class. VIII. cons. 37. q. 2.* Natürlich wird von diesem Erbrechte, da es nur in Ermangelung aller Verwandten des vorverstorbenen Ehegatten begründet ist, nicht häufig Anwendung gemacht werden.

[7]) Eine eigene hierher gehörige Dissertation ist: *I. Weber, De successione superstitis coniugis pauperis. Giessae. 1718.* vgl. ferner v. Löhr, in seinem Magaz. Bd. III. Nro. 10. p 359—385. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 488. Anm.

[8]) *Nou. 53. c. 6. §. 2.* „*Ταῦτα δὲ φαμέν, εἴπερ τῶν συνοικούντων θάτερος προῖκά τε καὶ προγαμιαίαν δωρεὰν μὴ ποιησαμένων ἀπόρως ὁ ἀνὴρ ἢ ἡ γυνὴ διάκειται . . . . ἐπείτοιγε εἴπερ ἀλλαχόθεν ἴσως εὐποροίη, τὴν οὐκ εἰςενεγκοῦσαν προῖκα ἢ τὸν οὐκ ἐπιδόντα τὴν διὰ γάμον δωρεὰν οὐκ ἂν εἴη δίκαιον βαρύνειν τοὺς παῖδας τῇ διαδοχῇ τοῦ συνοικήσαντος . . . .*“ S. auch die Motive im Principium des *cap. 6.* Das, was hier in Hinsicht

den für die *bon. poss. unde uir et uxor* anderweitig bestehenden Voraussetzungen [8a]), jedoch in Concurrenz mit allen etwaigen

---

der *dos* verordnet wird, kann natürlich bei der völlig verschiedenen Bedeutung, welche unsere Aussteuer heutzutage hat, nicht ohne Weiteres auf diese übertragen werden; und in richtiger Würdigung dieser Verhältnisse hat unsere Praxis auch die Wittwe, welche ihrem Manne eine unbedeutende Mitgift in die Ehe eingebracht hat, sofern letztere zu deren standesgemässem Unterhalte nicht ausreicht, ebenso wie die, welche geringe Paraphernalien in Händen hat (vgl. z. B. das Gutachten von 1656. bei Struvius, *Syntagm. Exerc. 38. Lib. 38. Tit. 17. Nro. 40.*), zur Erbschaft ihres Ehegatten zugelassen, (vgl. z. B. das Responsum von 1713. bei Leyser, *Med. ad Pand. spec. 424. med. II.* Martin, Rechtsgutachten. Bd. I. p. 363.) und dabei wohl noch auf das Verhältniss des beiderseitigen Vermögens Rücksicht genommen, s. *I. H. Boehmer, Consult. Pars III. Tom. 3. cons. 629. quaest. 1. cons. 628.* §. *8.* Bülow und Hagemann, Pract. Erört. Th. VIII. b. p. 154. Verlangt doch selbst das Römische Recht keinesweges die völlige Besitzlosigkeit der Wittwe, um als arm ihren Anspruch auf den Nachlass des Ehemannes geltend machen zu können, wie aus *Nou. 53. c. 6.* §. *1.* hervorgeht. „*Εἰ μέντοι τινὰ ἴδια ἡ γυνὴ πράγματα κατὰ τὴν οἰκίαν τοῦ ἀνδρὸς ἢ ἀλλαχόσε ἀποκείμενα ἔχοι, τούτων τὴν εἴςπραξιν καὶ παρακατάσχεσιν ἐχέτω πᾶσι τρόποις ἀμείωτον, ὑποκεῖσθαι τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ᾽ οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ᾽ ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ.*“ Was zum standesgemässen Unterhalte gehöre, muss selbstverständlich ebenso wie die andere Frage, wer als wohlhabender Ehemann anzusehen sei, der Beurtheilung des richterlichen Arbitriums für jeden einzelnen Fall überlassen bleiben; und in dieser Beziehung werden wir unseren Gerichten kaum den Vorwurf einer übermässigen Milde machen dürfen, indem sie der Wittwe schon dann ihr Erbrecht gegen den Ehemann versagen, wenn ihre Eltern sie ausreichend zu alimentieren im Stande sind, mag sie gleich für ihre Person völlig unvermögend sein, s. *Lauterbach, Coll. Pand. Lib. 38. Tit. 17.* §. *47. Leyser, l. l. spec. 424. med. IV.* und das dort erwähnte Responsum vom Jahre 1723. *I. H. Boehmer, Consult. Tom. III. Pars 3. resp. 628.* §. *2.* Strube, Rechtl. Bedenken. Bd. II. Nro. 58. §. 3. v. Bülow und Hagemann, Erörterungen. Bd. II. Erört. 40.

[8a]) *Nou. 53. c. 6. pr.* „... *ἵνα, καθάπερ ἀδικουμέναις αὐταῖς ἐβοηθήσαμεν, εἴπερ ἀποπεμφθεῖεν παρὰ τῶν ἀνδρῶν ἄπροικοι καθεστῶσαι, οὕτω κἂν εἰ μένοιεν μέχρι παντὸς παρ᾽ αὐτοῖς, τῆς αὐτῆς ἀπολαύσωσι προνοίας.*“ *Nou. 117. c. 5.* „*Καὶ ἕτερον μετὰ ταῦτα πεποιήκαμεν νόμον, τὸν διορίζοντα, εἴ τις ἄπορον γυναῖκα κατὰ διάθεσιν μόνον λάβοι, καὶ μέχρι τελευτῆς σὺν αὐτῇ ζήσας προτελευτήσῃ, λαμβάνειν ὁμοίως καὶ αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς ἐκείνου περιουσίας.*“ Vgl. Glück, a. a. O. p. 442 ff., der

Intestaterben[9]), einen Sucessionsanspruch auf ein Viertel des Vermögens ihres wohlhabenden Ehemannes, aber nie über

---

nur zu geneigt erscheint, bei bloss factischer Trennung und sogar noch bei zeitweiliger richterlicher Scheidung von Tisch und Bett das fragliche Erbrecht fortbestehen zu lassen, sofern die Frau im letzteren Falle nicht als der schuldige Theil anzusehen sei. Die Novelle redet deutlich genug (vgl. auch v. Löhr, a. a. O. p. 369. p. XX.); die Analogie der *b. p. unde uir et uxor* (s. auch das Frankfurter Facultätsresponsum v. J. 1681. bei Hermann, a. a. O. p. 395.) spricht gleichfalls dagegen, der irgend wie separierten Ehefrau bei dem Tode des Mannes noch einen Successionsanspruch beizulegen. So dürfte bezüglich des Römischen Rechtes kaum ein ernstlicher Zweifel Platz greifen, wie das auch die älteren Italiener anerkennen, so noch *Nicolaus de Vbaldis fol. 351. §. 6. A. M.* schon *Ant. de Rosellis, §. 274.* Unsere gemeinrechtliche Praxis hat sich freilich in diesem Punkte milder gestaltet, und dehnt das Erbrecht der armen Wittwe etwa zu dem von Glück befürworteten Umfange aus, vgl. u. A. das Gutachten der Frankfurter Facultät vom Jahre 1674. bei Hermann, a. a. O. p. 394. *Consil. Tubingens. Tom. VI. cons. 93. §. 51.* Overbeck, Meditationen. Bd. IV. Medit. 240. Allein bei dem durchaus ungerechtfertigten Hineinziehen der Deutschrechtlichen Grundsätze über die *portio statutaria* in unsere Lehre (war man doch selbst bereit, das Erforderniss der Dürftigkeit fallen zu lassen, vgl. das Hallenser Schöffenurtheil von 1599. bei *Scheffer, Quaestion. pract. Tom. III. qu. 26.* wieder abgedruckt bei Hermann, a. a. O. p. 409. 410.) und der dadurch hier entstandenen Verwirrung kann der jetzige Gerichtsgebrauch keine bindende Autorität für uns sein, zumal es in dieser Beziehung auch nicht ganz an Zeugnissen für eine strengere Anschauung fehlt, vgl. z. B. *Consil. Tubing. Tom. III. cons. 308.* Man braucht nur die betreffenden Abschnitte bei Stryk, Richter oder Hermann nachzulesen, um sich von der vollständigen Vermischung aller einschlagenden Begriffe zu überzeugen; muss die *portio statutaria* sich doch selbst mit der *b. p. unde uir et ux.* zusammenwerfen lassen.

[9]) Freilich gedenken die Gesetze ausdrücklich bloss der Kinder *Nou. 53. c. 6. pr.* „*διὰ τοῦτο θεσπίζομεν πρόνοιαν γενέσθαι τούτων καὶ ἐν τῇ διαδοχῇ τοῦ τελευτήσαντος, καὶ τὴν τοιαύτην γαμετὴν μετὰ τῶν παίδων καλεῖσθαι.*“ *cf. Nou. 117. c. 5.* Allein wenn die Wittwe von den Kindern, eigenen wie Stiefkindern, nicht ausgeschlossen wird, so muss man ihr um so mehr neben ferneren Verwandten dasselbe Recht einräumen. — Darin besteht nun gerade ein characteristischer Unterschied der *b. p. u. u. et ux.* und des vorliegenden Erbrechtes, dass jenes zu seiner Begründung das Nichtvorhandensein, letzteres die Existenz successionsberechtigter Verwandten voraussetzt, beide also nie mit einander concurrieren können.

hundert Pfund Goldes [10]), oder wenn sie mit mehr als drei Kindern dieses Mannes zusammentrifft, auf eine Virilportion haben [11]). Mehrere Enkel eines vorverstorbenen Kindes sind

---

[10]) Die *Nou. 53. c. 6.* enthält diese Beschränkung nicht ausdrücklich; dieselbe liegt jedoch stillschweigend in der Erklärung Justinian's, dass er nach Analogie des der Ehefrau für den Fall grundloser Scheidung zugebilligten Anspruches, der über die angegebene Höhe nicht hinausgieng (*L. 11. §. 1. C. de repud. V. 17. Nou. 22. c. 18.*), das Erbrecht der armen Wittwe begründet habe. Zum Ueberflusse erwähnt *Nou. 117. c. 5.* jenes Maximums noch geradezu „*λαμβάνειν ὁμοίως καὶ αὐτὴν τὸ τέταρτον μέρος τῆς ἐκείνου περιουσίας (οὕτω μέντοι γε, ὥστε μὴ ὑπερβαίνειν αὐτὸ τὴν τῶν ἑκατὸν τοῦ χρυσοῦ λιτρῶν ποσότητα).*“ Obschon die gangbaren Pandectenlehrbücher zum grossen Theile (s. z. B. Arndts Pand. §. 481. *Sintenis, Civil.-R. Bd. III. §. 165.* p. 353. Brinz, Pand. p. 806.) ebenfalls die Justinianische Grenzbestimmung wiederholen, ja wohl noch besondere Regeln für die Reduction jener hundert Pfund Goldes auf den heutigen Münzfuss aufstellen, so scheint die Praxis der Wittwe doch überall den vollen Kopf- oder Vier-Theil zu gewähren, vgl. Göschen, Civ.-R. §. 931 a. E. *I. H. Böhmer, Consult. Tom. III. pars 3. resp. 628.* Zweifelhaft bleibt es nach dem in Anm. 8. Gesagten freilich, ob nicht auch dabei fremdartige Motive eingewirkt haben. — Jedenfalls ist die weitere Meinung ganz unhaltbar, die Wittwe müsse ihr eigenes Vermögen in die Masse einwerfen (cf. das Responsum von 1656. in *Struuius, Syntagm. Exerc. 38. Lib. 38. Tit. 17. §. 40.* u. A.), und habe daraus dann ihren Erbtheil zu empfangen, während noch Andere ihr dasselbe nur bis zur Höhe der betreffenden Nachlassquote ergänzen wollen, vgl. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. II. Nro. 41., s. ferner Strube's Rechtl. Bedenk. Bd. II. Nro. 58. §. 4., vgl. auch Bd. IV. Nro. 113. Von all' dem weiss das Römische Recht nichts; darnach (vgl. namentlich *Nou. 53. c. 6. §. 1.*) erhält die Wittwe die ihr zustehende Portion unverkürzt aus der Erbschaft des Mannes, wenn sie überhaupt als dürftig anzusehen ist, vgl. bes. Martin, a. a. O. p. 370 ff. Es lässt sich leicht erkennen, wie auch diese Abweichung des modernen Gerichtsgebrauches auf Deutschrechtlichen Elementen beruht. —

[11]) *Nou. 53. c. 6.* gewährte der Wittwe ihr Viertel unabhängig von der Zahl der Kinder, mit denen sie concurriert, erst die Novelle 117. c. 5. verfügte „*εἰ δὲ πλείονες εἴησαν οἱ παῖδες, τοσοῦτον . . . . . λαμβάνειν κελεύομεν τὴν γυναῖκα, ὅσον ἑνὶ τῶν παίδων ἁρμόζει.*“ Demnach müssen wir auf Grund des älteren Gesetzes der Wittwe das Viertel überall zugestehen, wo das neuere sie nicht ausdrücklich auf den Kopftheil beschränkt, namentlich also den Ascendenten und Collateralen des Verstorbenen gegenüber. S. auch v. Bülow u. Hagemann, Erört. Bd. VI. Nro. 88. p. 362—367. Die gegentheilige Meinung (vgl. *Consil. Tubingens.*

hierbei für einen Kopf zu zählen, mögen sie allein oder neben anderen Descendenten zur Erbfolge berufen sein [12]). — Erbt die Wittwe mit eigenen Kindern letzter Ehe [12a]), so bekommen diese die Proprietät, sie selbst nur den Niessbrauch ihres Theiles [13]). — Auch durch testamentarische Verfügung

---

Tom. I. cons. 127. §. 23. 24. Glück, a. a. O. p. 451. Anm. 54.), welche in neuerer Zeit am ausführlichsten von Schmalz, Rechtsfälle p. 179 ff., begründet ist, widerlegt sich durch die Betrachtung, dass in *Nou. 117.* einzig der Fall des Zusammentreffens mit Descendenten des verstorbenen Ehemannes berührt wird, womit die Worte „*εἰ δὲ ἡ τοιαύτη γυνὴ παῖδας ἐξ αὐτοῦ μὴ ἔχοι, κελεύομεν καὶ δεσποτείας δικαίῳ ἔχειν αὐτὴν τὰ πράγματα, ἅπερ ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρὸς οὐσίας εἰς αὐτὴν ἐλθεῖν διὰ τοῦ παρόντος ἐκελεύσαμεν νόμου*“ keinesweges, wie Schmalz nachzuweisen sucht, in Widerspruch stehen; er übersieht, dass der Kaiser hier bloss an die Berufung der Wittwe neben ihren Stiefkindern denkt; die Grösse der Erbportion richtet sich da allerdings nach den in *Nou. 117.* gegebenen neuen Vorschriften; der ferneren Verwandten wird nicht im Geringsten erwähnt.

[12]) Eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt in den beiden Novellen. Diess ist jedoch nach dem von Alters her in der Klasse der Descendenten herrschenden Principe der Stammtheilung (vgl. unten §. 16.) ausser allem Zweifel, wenn fernere Descendenten vorverstorbener Kinder mit unmittelbaren Descendenten oder mit mittelbaren Descendenten aus einem anderen Stamme zusammen treffen; demgemäss muss man aber auch da, wo bloss Enkel oder Urenkel aus einem Stamme vorhanden sind, mögen ihrer so viel sein, als nur wollen, der Wittwe ein Viertel einräumen, wie diess bereits die Italiener thun, z. B. *Mathesilanus, l. l. fol. 336. §. 17.;* man käme sonst zu dem widersinnigen Resultate, dass ihre Lage bei einer grösseren Zahl von Miterben sich günstiger gestalten würde, als bei einer geringeren, da doch Justinian gerade von dem umgekehrten Gedanken ausgeht, vgl. Glück, a. a. O. p. 454. Arndts im Rechtslex. Bd. V. p. 698. Büchel, Streitfr. aus *Nou. 118.* p. 226 ff. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 415. Anm. 1.

[12a]) Dieser Zusatz ist zu machen, wenn man ganz genau reden will (*ἐξ αὐτοῦ τοῦ γάμου* sagt die Novelle); denn möglicher Weise können auch Kinder der Wittwe aus einer früheren Ehe als Collateralen ihres letzten Ehemannes neben ihr erben. Dann empfängt sie doch die Proprietät ihrer Portion, vgl. Riedel, i. d. Giessener Zeitschr. N. F. Bd. IX. p. 277.

[13]) Auch die Beschränkung der Wittwe auf den Niessbrauch neben eigenen Kindern ist eine Neuerung der *Nou. 117. c. 5. uerb.* „*οὕτω δηλαδή, ὥστε χρῆσιν μόνην ἐπὶ τοῖς τοιούτοις πράγμασι τὴν γυναῖκα ἔχειν, τὴν δεσποτείαν δὲ ἐκείνοις τοῖς παισὶ φυλάττεσθαι, οὓς ἐξ αὐτοῦ τοῦ γάμου*

des Ehemannes kann der dürftigen Wittwe dieser Anspruch

ἔσχεν" worauf dann die Anm. 11. a. E. citierten Worte folgen. Nach *Nov. 53. c. 6.* war die Mutter bloss verbunden, den Kindern die Substanz der ihr gewordenen Erbportion zu erhalten (*cf. Nov. 22. c. 30.*). Die im Texte aufgestellte Ansicht ist freilich lebhaft angefochten. A. v. Buchholtz, in der allgem. Hallischen Litteraturzeitung 1839. Bd. IV. p. 492 will unter dem Ausdrucke χρῆσις μόνη den blossen *usus*, nicht den Niessbrauch verstehen; letzterer heisse „χρῆσίς τε καὶ ἐπικαρπία." Widerlegt ist diese Meinung schon in treffendster Weise durch Osenbrüggen, zur Interpret. des corp. iur. Kiel 1842. cap. 4. p. 35 ff. Zwar werde der *ususfructus* mitunter in den Griechischen Quellen durch χρῆσίς τε καὶ ἐπικαρπία übersetzt, s. z. B. *Nov. 22. c. 23. c. 46. §. 2. c. 47. §. 1.* und χρῆσις, auch χρῆσις μόνη bedeute an einigen Stellen (s. z. B. *Theoph. II. 2. §. 3.*), besonders in dem Basilikentitel *de usu et habitatione XVI. 8.* den *usus* im Gegensatze zum *ususfructus;* viel häufiger aber bezeichne jenes Wort den Niessbrauch, s. z. B. *Nov. 7. c. 4. Nov. 22. c. 46. §. 1. Nov. 117. c. 1. Nov. 120. c. 2. c. 9. §. 1.*, namentlich überall da, wo es der δεσποτεία gegenüber gestellt werde. — Wie Buchholtz durch jenes χρῆσις, so hat sich v. Löhr, a. a. O. p. 377 ff., durch „φυλάττεσθαι" täuschen lassen. Die Novelle, glaubt er, gebe der Mutter überall die Proprietät ihres Erbtheiles, und verpflichte sie nur, denselben ihren Kindern „aufzubewahren"; das also beschränkte Eigenthum nenne der Kaiser nun χρῆσις, wie auch wohl *usus* zur Characterisierung eines solchen Verhältnisses gebraucht werde. (Vgl. *Nov. 98. c. 1.* und oben §. 10. Anm. 138.). Wie aber in Wirklichkeit das „φυλάττεσθαι" aufzufassen sei, zeigen die Paraphrasen der Byzantiner zu unserer Stelle. „. . . . *proprietatem autem liberis lex conseruet, qui ex ipso matrimonio nati sunt; quod si liberos non habeat, iure quoque dominii portionem eandem mulier capiat . . .*" heisst es in der Epitome Julian's; und ähnlich drückt sich *Athanasius, Nov. Iustin. Tit. X. const. 9. Heimbach, Anecd. I. p. 127.* aus; also das Gesetz wahrt unter den namhaft gemachten Umständen gegenüber dem neu eingeführten Rechte der Mutter ihren Kindern die Proprietät. In diesem Sinne begegnen wir dem φυλάττειν noch öfter, vgl. z. B. *Nov. 2. c. 1. Nov. 39. c. 1. Nov. 98. c. 2. §. 2.* In einem der Byzantiner, Theodorus von Hermopolis, findet von Löhr freilich einen Gewährsmann. *Zachariae, Anecd. p. 112. 113. Nov. 117. c. 7.* „τὴν γὰρ δεσποτείαν φυλάττει τοῖς παισὶν αὐτῆς ἡ μήτηρ ἢ ἑαυτῇ, ἐὰν τύχῃ προτελευτῆσαι αὐτῆς τοὺς παῖδας". Dennoch entscheidet für die Richtigkeit der obigen Auslegung der Zusammenhang der *Nov. 117. c. 5.* mit *Nov. 98. c. 2.*, auf welchen v. Löhr selbst zuerst aufmerksam gemacht, und durch den er zur Zurücknahme seiner früher geäusserten Ansicht bewogen ist. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 22. Abh. 1. p. 1—5. Die *Nov. 98. c. 2.* giebt nämlich bei eintretender

nicht entzogen werden; ist ihr daher weniger, als ihr gesetzlich

---

Scheidung den Kindern das sofortige Eigenthum an der ihrem unschuldigen *parens* zufallenden *dos* oder *donatio propter nuptias* und lässt Letzterem bloss den Niessbrauch daran. Von diesem Satze wird dann in *Nou. 117. c. 5.* einfach Anwendung gemacht auf das bei einer undotierten Ehe von dem Ehegatten der ohne gesetzlichen Grund verstossenen Frau herauszugebende Viertel seines Vermögens. Dieselben Worte, welche diese Bestimmung enthalten, verfügen auch hinsichtlich des Erbtheiles der armen Wittwe; es leidet daher keinen Zweifel, dass dieser gleichfalls sofort den Kindern zu eigen erworben wird. Zu weit gegangen ist es dagegen, wenn v. Löhr überhaupt das Recht der *lucra nuptialia* auf das Erbrecht der armen Wittwe zu übertragen versucht. Für *Nou. 117. c. 5.* folgt die Identität der für beide Arten der Quart geltenden Regeln aus der Identität der Decisivworte; in *Nou. 53. c. 6.* weist der Gesetzgeber ausdrücklich auf seine Verordnungen bezüglich der Scheidungsstrafen hin, allein in *Nou. 127. c. 3.* gedenkt er lediglich der *dos* und *donatio propter nuptias;* wir haben daher keinen Anlass, die dort bewirkten Modificationen des Dotalrechtes auf das davon doch immer verschiedene Erbrecht der armen Wittwe mit Löhr, Arch. a. a. O. p. 5., auszudehnen. Vgl. Glück, a. a. O. §. 148. p. 563. 564. und überhaupt v. Vangerow, a. a. O. p. 360. 361. — Ist die Wittwe mit eigenen und Stiefkindern zugleich zur Erbschaft ihres Ehemannes berufen, so fragt es sich, wie es da mit dem Niessbrauche gehalten werden solle. Justinian übergeht den Fall mit Stillschweigen. Eine dreifache Entscheidung ist hier möglich; entweder man giebt der Ehefrau an der ganzen Erbportion bloss den Niessbrauch und überlässt die Proprietät auch den Stiefkindern *pro rata;* oder gesteht das Eigenthum ausschliesslich den rechten Kindern zu; oder endlich man spricht der Wittwe bezüglich des Theiles, den sie den Stiefkindern entzieht, das volle Eigenthum zu, und beschränkt sie auf den *ususfructus* lediglich an dem, was sie auf Unkosten ihrer eigenen Kinder erhält. Dem Wortlaute der Novelle lässt sich einzig die zweite dieser Entscheidungen einfügen; doch kommt man dabei zu dem immer bedenklichen Resultate, den Descendenten aus der zweiten Ehe eine grössere Erbquote, als denen aus der ersten zuzuweisen. Die dritte Meinung erscheint in sich als die consequenteste und dürfte auch in der Praxis vorzugsweise anerkannt sein, vgl. *Leyser, Med. ad Pand. Spec. 424. med. 9.* und das daselbst angeführte Urtheil von 1713. *J. H. Böhmer, Consult. Tom. III. pars 3. resp. 629. quaest. 3.* s. auch *Koch, Bonor. poss. p. 485 ff.* Zu ihrer Rechtfertigung gegenüber der besonders von den Theoretikern vertheidigten zweiten Ansicht (vgl. z. B. v. Vangerow, a. a. O. p. 362.) lässt sich hinzufügen, dass Justinian augenscheinlich an den Fall der Concurrenz von Stief- und eigenen Kindern mit der Wittwe nicht gedacht hat. (*εἴτε — εἴτε καὶ* deutet nämlich keineswegs auf ein mög-

gebührt, letztwillig zugewendet worden, so wird ihr eine Klage auf Ergänzung des Fehlenden gegeben[14]. — Das Recht der armen Wittwe ist ein wahres Erbrecht (*Nou. 53. c. 6. §. 1.*)[15]; davon ist nur in zwei Fällen eine Ausnahme zuzugeben; einmal wenn der Ehemann der Frau die volle ihr zukommende Portion in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen hat[16], dann wenn die mit eigenen Kindern

---

liches Zusammentreffen beider Alternativen hin, vgl. *Nou. 2. c. 3. pr. i. f. Nou. 6. c. 9. §. 1. Nou. 7. c. 3. §. 2. al.*). Die Unterstützung jener Auffassung durch den Buchstaben der Novelle darf daher nicht allzuhoch angeschlagen werden. — Ebenso ist die Begründung v. Löhr's, a. a. O. p. 5., unzulänglich. Es bleibt gerade noch zu beweisen, dass der Kaiser in *Nou. 117. c. 5.* die vorliegende Frage wirklich entschieden hat; erst wenn das feststeht, dürfen wir weiter sagen, seine Entscheidung müsse hinsichtlich des durch die Separation Gewonnenen und des Erbtheiles dieselbe sein, und können dann von dem Einen auf das Andere schliessen.

[14]) *Nou. 53. c. 6. pr.* „. . . . *εἰ μέντοι πρεσβεῖόν τι καταλίποι αὐτῇ ὁ ἀνὴρ ἔλαττον τῆς τετάρτης μοίρας ἀναπληροῦσθαι τοῦτο* . . . .“ Hier findet demnach freilich die Einrechnung des Hinterlassenen in die Erbportion der Wittwe statt, vgl. oben Anm. 8. 10.

[15]) Die Worte der angeführten Stelle, s. oben Anm. 8. Sie beweist sowohl durch ihren Inhalt wie durch die dort gebrauchten Ausdrücke, *συγκληρονομεῖν* heisst denn doch Miterbe sein; und in welcher anderen Eigenschaft sollte wohl die Wittwe verbunden werden, mit ihrem eigenen Vermögen für die Schulden des verstorbenen Ehegatten aufzukommen? — Wenn v. Vangerow, a. a. O. p. 362—364 (wie schon *Stryk, l. l. Diss. IV. c. 1. §. 26. 27.*) in dem citierten Paragraphen der Novelle bloss den Gedanken wieder finden will „so weit die Wittwe aus diesem Gesetze eine Quote der Erbschaft erhält, muss sie auch die Schulden des Mannes bezahlen helfen“, so würde die Tragweite desselben offenbar nur so weit reichen, dass sie ihre Quote aus dem Nachlasse erst nach Abrechnung sämmtlicher Passiva von dem vorhandenen Activvermögen zu fordern berechtigt wäre, nie aber würde man von da aus zu dem Resultate gelangen können, dass die Wittwe von den Erbschaftsgläubigern als ihre Schuldnerin in Anspruch genommen werden dürfte. Vgl. auch *Hommel, Quaest. forens. Tom. II. obs. 410.* und das Facultätsresponsum bei *Leyser, Med. ad Pand. spec. 424. med. 7.* v. J. 1713. Martin, a. a. O. p. 369.

[16]) Darüber, dass unter den angegebenen Umständen die Wittwe ihren Theil nur in Gestalt eines Vermächtnisses und also im Wege der Singularsuccession empfängt, ist kein Streit. Eher kann man zweifeln hinsichtlich der Natur der Ergänzungsklage, ob diese nicht als *condictio ex lege* zu betrachten sei. In der That wird diess von Manchen ange-

zurückgebliebene Wittwe durch diese auf den Niessbrauch ihres Antheils beschränkt wird[17]). — Während nach *Nou. 53. c. 6.* dem Ehemanne das gleiche Recht auf die Quart gegen die Ehefrau zustand, wie dieser gegen jenen, ist dasselbe in *Nou. 117. c. 5.* dem Manne ausdrücklich wieder entzogen[18]),

---

nommen, welche sonst die Erbenqualität der Wittwe anerkennen, s. z. B. Seuffert, Pand.-R. Bd. III. §. 562. Anm. 13. Allein eine eigene neue Klage hat Justinian in *Nou. 53. c. 6.* zu dem Ende nicht gegeben; er bestimmt bloss, was geschehen solle (*ἀναπληροῦσθαι τοῦτο scil. πρεσβεῖον*), nicht aber wie diess Resultat herbeizuführen sei. So sind wir denn dafür auf die der Wittwe zur Verfolgung ihres Successionsanspruchs überhaupt zustehenden Rechtsmittel, nach unserer obigen Ausführung mithin namentlich auf die *hereditatis petitio* angewiesen. Diess ist denn auch die Auffassung der Praxis, welche hier immer nur von einer Verpflichtung zur Einrechnung der letztwilligen Zuwendungen in die Erbportion redet, vgl. auch Arndts, a. a. O. p. 698.

[17]) Sofern der Wittwe wirklich nur der Niessbrauch ihrer Quote zufällt, empfängt sie ja an dem Vermögen des Verstorbenen lediglich ein einzelnes Recht, kann demnach bloss als Singularnachfolgerin, nicht als Erbin betrachtet werden. Die Stellung des *heres ex re certa* ist doch eine zu anomale, um von ihr hier etwa Anwendung machen zu können. —

[18]) „*Τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων τὸ τέταρτον μέρος κατὰ τὸν πρότερον· ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικὸς πᾶσι τρόποις κωλύομεν*“. Es ist wunderlich, wie man so vielfach diese Worte bloss von dem Falle hat verstehen wollen, wenn der Mann die Frau ohne gesetzliche Ursache verstösst, vgl. ausser den bei Glück, a. a. O. p. 435. Anm. 24. Aufgeführten, z. B. noch *Gaill, Obseru. II. 98.* §. *5.* Overbeck, Meditat. Bd. IV. Med. 241. B. W. Pfeiffer, Neue Sammlung bemerkensw. Entsch. des O. A. G. zu Cassel *Tom. XV. decis. 103. p. 162.* Selbst Theodorus Hermopolitanus (*Zachariae, Anecdot. p. 113.*) scheint schon dieser Ansicht gewesen zu sein, wie ihm denn überhaupt manche Missgriffe gerade bei der Auslegung unserer Novelle begegnet sind. — Glück, hat bereits richtig hervorgehoben, wie der Plural *τῶν τοιούτων θεμάτων* deutlich zeige, dass Justinian hier an Beides, die Trennung der Ehe durch den Tod und durch willkürliche Scheidung gedacht habe, und wie das *γὰρ* des angeführten Satzes diesen nicht als Erklärung dem unmittelbar Vorhergehenden hinzufügen, sondern den allgemeinen Grund einleiten solle, weshalb in dem ganzen Capitel des entsprechenden Rechtes des Ehemannes nicht mehr erwähnt werde. Uebereinstimmend damit sagt Athanasius (*Heimbach, Anecd. Tom. I. p. 127*) „*σημείωσαι, ὅτι ἐπὶ τῶν ἀπροίκων συνοικεσίων διαλύσεως γινομένης ἢ θανάτῳ ἢ ῥεπουδίῳ οὐδὲν ὁ ἀνὴρ κερδαίνει ἐκ τῆς οὐσίας τῆς*

offenbar aus dem auch sonst (vgl. *L. 33. §. 1. D. de don. int. uir. et ux. 24. 1.*) von den Römern anerkannten Gesichtspunkte, dass wohl die Frau eine Unterstützung von dem Manne verlangen könne, dass es für letzteren aber keineswegs ehrenvoll erscheine, eine solche von dem Weibe anzunehmen. — Der Erwerb dieses Erbrechtes bedarf der Natur der Sache nach einer darauf abzielenden Willenserklärung von Seiten der Wittwe; er erfolgt nie *ipso iure*. Es ist daher den allgemeinen Regeln gemäss das Vorhandensein der Bedingungen, unter denen diese Succession überhaupt nur angeboten wird, noch zur Zeit des Erbantrittes erforderlich; namentlich darf also der Wittwe inzwischen nicht in anderer Weise ein ausreichender Unterhalt gesichert sein[19]); und ist sie vor dem Erbschaftserwerbe gestorben, so scheint es mit dem Zwecke der persönlichen Versorgung, den Justinian bei seinem Gesetze im Auge hatte[20]), nicht wohl vereinbar, eine Transmission ihres Erbrechtes zu gestatten[21]).

γυναικός" *cf. Basil. Lib. 28. Tit. 12. i. f. ed. Heimbach, Tom. III. p. 316.* Die auf die grundlose Scheidung gesetzte Strafe wurde freilich sehr bald in *Nou. 127. c. 4.* auch gegen die Frau wiederhergestellt. — Die Neigung der Praxis, beide Theile hier gleichmässig zu behandeln (s. besonders *J. H. Böhmer, l. l. Tom. II. cons. 588. Q. 5.*), hat sicher ihre Veranlassung ebenfalls in der Vermengung des Erbrechtes der armen Wittwe mit der *portio statutaria.* Vgl. noch *Hagemeister, Iura coniugum sec. Nou. 117. haud esse reciproca. Gryph. 1801.*

19) Vgl. bes. Martin, a. a. O. p. 366 ff. — Hat dagegen die arme Wittwe ihre Portion einmal erworben, so bleibt eine spätere Aenderung ihres Vermögensstandes ohne Einfluss; selbst die gerichtliche Verfolgung ihres Erbanspruches wird ihr nachher nicht abgeschnitten, vorausgesetzt, dass sie die Erbantretung noch in der Dürftigkeit vorgenommen hat, s. auch v. Bülow u. Hagemann, Pract. Erört. Bd. VIII. b. p. 156.

20) *Nou. 53. c. 6. i. f.* „. . . . . ἵνα . . . . ἡ ἀπορία τοῦ συνοικήσαντος παρὰ τῆς εὐπορίας τῆς θατέρου θεραπεύοιτο".

21) Damit stimmt auch die Praxis überein, s. z. B. *Pufendorf, Obseru. iur. uniu. Tom. III. obs. 177. Berger, Oecon. iur. II. 4. §. 45. not. 6.*, obwohl man die Quart der Wittwe nicht *iure hereditario*, sondern *beneficio legis* zusprechen wollte, und deshalb den Erwerb derselben consequenter Weise *ipso iure* hätte Statt finden lassen müssen. — Sind dagegen die Erben des wohlhabenden vorverstorbenen Ehegatten bloss mit der Auskehrung der dem überlebenden armen gebührenden Portion im Rückstande, so können die Erben des letzteren deshalb die

Dagegen steht der Wittwe als Erbin das Accrescenzrecht bis auf Höhe eines Viertels der Erbschaft zu[22]). —

Unsere gemeinrechtliche Praxis hat in diese Lehre durch das unmotivierte Hinübertragen der eigenthümlich Germanischen, für die *portio statutaria* geltenden Grundsätze eine heillose Verwirrung gebracht. Es bleibt hier kaum etwas Anderes übrig (und man darf wohl behaupten, dass die Rechtspflege, obschon zögernd und langsam, so doch merklich seit dem 16. Jahrhunderte auf diesem Wege vorgeschritten ist), als mit Ausscheidung alles Fremdartigen auf das reine Römische Recht zurückzugehen. Nur in einzelnen Nebenpunkten, welche von der eingerissenen Confusion minder berührt wurden, haben wir die durch die moderne Gewohnheit bewirkten Modificationen als bindend anzuerkennen[23]).

---

hereditatis petitio anstellen, s. *Andr. Homborg*, *Resp. Helmstad. resp. 56*.

[22]) Diess fordert die Consequenz der Sache. Im Germanischen Rechte giebt es allerdings ebenso wenig wie bei den *sui heredes* der Römer eine Accrescenz; deshalb hat sich die Praxis immer gegen die Anerkennung derselben bei der armen Wittwe gesträubt, vgl. z. B. *Pufendorf*, *l. l.* *Berger*, *l. l. not. 8*.

[23]) Die Hallenser Schöffen sagen in dem oben Anm. 8. angeführten Urtheile selbst: „Darum so erachten wir, dass dem üblichen Sächsischen Gebrauch nach die *Const. auth. C. Praeterea. Vnde uir et uxor* also zu limitiren und in ihrer Distinction viel anders zu practiciren, wie auch *sine consideratione inopiae aut diuitiarum* in gemein darauff zu pronunciiren, inmassen wir allzeit observirt haben.“ Das ist nun freilich richtig, dass das Recht der armen Wittwe sich mit der *portio statutaria* schlecht verträgt; der Fehler bestand nur darin, dass man die Novelle überhaupt da zur Anwendung bringen wollte, wo die *portio statutaria* galt; durch den Anspruch darauf war eben die Wittwe nicht mehr arm. Die Authentika hätte bloss *in subsidium*, wo die *portio statutaria* nicht herkömmlich war, in Wirksamkeit treten sollen, wie das Verhältniss z. B. von *Ludou. Fachsius*, *Consil. VII. Nro. 26 sq.*, aufgefasst wird (in dem 2. Bande von *Modestini et Simonis Pistoriorum Consilia. Lips. 1599.*). — Die Fälle nun, in denen die durch den modernen Gerichtsgebrauch herbeigeführten Modificationen des Römischen Rechtes als verbindlich anzusehen sind, möchten etwa folgende sein: 1) Die arme Wittwe hat, selbst wenn sie eine geringe Aussteuer besitzt, auf den ihr zugewiesenen Erbtheil Anspruch (s. oben Anm. 8. ein abweichendes Erkenntniss des O. A. G. zu Celle in Seuffert's Arch. Bd. IX. Nro. 47. v. J. 1854.). 2) Sie ent-

3) Als Fall einer Erbfolge unter Ehegatten, wofür Manche[24]) ihn ansehen, kann der Erwerb des Niessbrauches nicht gelten[25]), welcher bei Beerbung der Mutter durch ihre Descendenten dem Vater als nachträgliches *praemium emancipationis* zugesprochen ist (vgl. darüber das Genauere unten §. 16. a. E.).

§. 14. Successionsordnung[1]).

Unter den Personen, welche einen Successionsgrund für sich haben, besteht eine gewisse Rangfolge, die Successionsordnung, nach welcher die Berechtigten in Klassen (*ordines*) vertheilt werden, innerhalb deren oft wieder die Nähe des Grades entscheidet. Existieren nun zur Zeit der Delation Anwärter in früheren Klassen und resp. Graden, so werden die Nachfolgenden durch sie ausgeschlossen. Nur bei der ausserordentlichen Succession, die eben davon ihren Namen hat, sind diejenigen, welche sie überhaupt beanspruchen dürfen, ohne Rücksicht auf ihre etwaigen Con-

---

behrt desselben, wenn ihre Eltern sie ausreichend zu alimentieren im Stande sind. 3) Concurriert sie mit eigenen und Stiefkindern, so erhält sie von ihrer Erbportion, so viel sie den letzteren entzieht, zu vollem Eigenthum, so viel ihre eigenen Kinder durch sie verkürzt werden, bloss zum Niessbrauche. 4) Es muss bedenklich erscheinen, die rein willkürliche Beschränkung des Erbtheiles auf das Maximum von hundert Pfund Goldes, da sie in *praxi* nie beobachtet ist, wieder hervorzusuchen. 5) Unbedenklich würde dagegen die Ausdehnung des Erbrechtes der Wittwe auf die hinterbliebene Braut sein (s. z. B. Brunnemann, *Decision. Cent. IV. dec. 47.*), wenn sich hier wirklich eine sichere Praxis nachweisen liesse, vgl. jedoch z. B. Struuius, *Syntagm. Exerc. 38. Lib. 38. Tit. 17. §. 39. not. η.*

[24]) S. namentlich Schrader, Abhandl. a. d. Civ.-R. Bd. I. Hannover 1808. Nro. 4. Theorie eines gewöhnlich übersehenen Successionsrechtes des Mannes auf das Vermögen seiner Frau, bes. §. 2. p. 101 f.

[25]) Dass es sich hier um keine Universalsuccession handle, wird von Schrader selbst hervorgehoben. Ueberhaupt hat aber das sog. *praemium emancipationis* mehr den Character eines Erwerbes durch die Kinder als von der Frau, vgl. auch Seuffert, Pand.-R. §. 562. a. E.

[1]) Glück, Int.-Erbf. §. 145—150. p. 544—573. Rosshirt, Einl. Zweites Hauptstück. p. 280 ff. bes. p. 284—294. Hunger, Erbr. p. 394 ff. Mayer, Erbr. §. 76—78. p. 182—187. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 414. Vering, Erbr. p. 650. 659—667.

currenten berufen. Dahin gehören folgende Fälle: 1) Das Erbrecht der armen Wittwe, welches bis auf Höhe eines Viertels neben allen sonstigen Successionsberechtigten an der Erbschaft ihres Ehemannes Theil nimmt (vgl. §. 13. Nro. 2.). 2) Das gegenseitige Erbrecht der *liberi* und des *pater naturalis*, denen in Ermangelung legitimer Descendenz und einer rechtmässigen Ehefrau des Verstorbenen, aber unerachtet des Vorhandenseins von Ascendenten oder Collateralen desselben ein Sechstel aus der Verlassenschaft des natürlichen Vaters oder Kindes *ab intestato* gebührt, während jene den Rest mit fünf Sechsteln erhalten (s. oben §. 12. Nro. II. 4.). — Von den übrigen Successionsgründen geht die Verwandtschaft der Ehe vor. — Die Verwandten sind nach *Nou. 118.* und *Nou. 127.* unter vier Klassen gebracht. Die erste ist die der Descendenten[2]) (*Nou. 118. c. 1.*). Sie umfasst gleichmässig die leiblichen Abkömmlinge des Erblassers[3]), wie die durch Adoption oder Arrogation in das Kindesverhältniss zu ihm getretenen Personen[4]). Hinsichtlich der ersteren macht das Bestehen der väterlichen Gewalt und der Umstand, ob die Verwandtschaft (natürlich mit Ausnahme der unehelichen) durch Männer oder Weiber vermittelt ist, und hinsichtlich beider Arten von Descendenten Geschlecht und Gradesnähe[5]) der betreffenden Individuen keinen Unterschied[6]). Nur werden die Descen-

[2]) Glück, a. a. O. p. 580—594. §. 153. 154. Rosshirt, a. a. O. p. 295—307. Hunger, a. a. O. §. 122. 123. p. 398—403. Mayer, a. a. O. §. 76. p. 183. v. Vangerow, a. a. O. §. 415. Vering, a. a. O. p. 650. *Strauch, Disputationes VII de succ. ab int. disp. III. De successione descendentium. Viteb. 1645.*

[3]) Natürlich mit Ausnahme der unehelichen Descendenten, die vermöge des Satzes *„pater est, quem nuptiae demonstrant"* ihren väterlichen Verwandten gegenüber regelmässig gar kein, gegen den Vater selbst höchstens das ausserordentliche Erbrecht der *liberi naturales* haben, vgl. oben §. 12.

[4]) Das Genauere s. oben §. 11. Ein Intestaterbrecht gegen die Person des Adoptivvaters hat sogar der *minus plene adoptatus*.

[5]) Eine Ausnahme tritt hier ein bezüglich des *minus plene adoptatus*, s. d. vor. Anm. und oben §. 11. Anm. 14.

[6]) *Nou. 118. c. 1.* *„Εἴ τις τοίνυν τῶν κατιόντων ὑπείη τῷ ἀδιαθέτῳ τελευτήσαντι οἱαςδήποτε φύσεως ἢ βαθμοῦ, εἴτε ἐξ ἀῤῥενογονίας, εἴτε ἐκ*

denten fernerer Grade von ihrem noch lebenden erbfähigen *parens*, durch welchen ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt wird, ausgeschlossen [7]). Sie rücken also bloss in dessen Stelle ein, sofern er selbst nicht zur Erbfolge berufen ist [8]). Man hat dafür den Namen „Repräsentationsrecht“ [9]) aufgebracht; ein an sich unverfänglicher Ausdruck [9a]); jedoch muss man sich hüten, die falsche Idee damit zu verknüpfen, als ob die neben näheren zur Succession gelangenden entfernteren Nachkommen nicht kraft eigenen Rechtes, sondern indem sie die Zuständnisse ihres vorverstorbenen Erzeugers geltend machten, also namentlich als

---

θηλυγονίας καταγόμενος, καὶ εἴτε αὐτεξούσιος εἴτε ὑπεξούσιος εἴη, πάντων τῶν ἀνιόντων καὶ τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν προτιμάσθω.“

7) Seine volle Analogie findet diess in dem civilen Erbrechte der *sui* wie bei der *bon. poss. unde liberi* (vgl. oben §. 10.); nur dass in Betreff der letzteren durch das *edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius* eine theilweise Modification bewirkt wurde. Ebenso ist es, wie auch im Texte ausdrücklich bemerkt wurde, hier und dort der Moment der Intestatdelation, der über die Berechtigung zur Erbfolge entscheidet. Die deshalb im §. 10. gegebenen Regeln sind *mutatis mutandis* einfach auf die neuen Erbklassen zu übertragen.

8) *Nou. 118. l. l.* „*Ἐπὶ ταύτης γὰρ τῆς τάξεως τὸν βαθμὸν ζητεῖσθαι οὐ βουλόμεθα, ἀλλὰ μετὰ τῶν υἱῶν καὶ τῶν θυγατέρων τοὺς ἐκ τοῦ προτελευτήσαντος υἱοῦ ἢ θυγατρὸς ἐγγόνους καλεῖσθαι θεσπίζομεν, οὐδεμιᾶς εἰςαγομένης διαφορᾶς, εἴτε ἄῤῥενες εἴτε θήλειαι ὦσι, καὶ εἴτε ἐξ ἀῤῥενογονίας εἴτε ἐκ θηλυγονίας κατάγωνται, εἴτε ὑπεξούσιοι εἴτε καὶ αὐτεξούσιοι εἴησαν.*“ Vgl. das Edict des Reichsregiments v. J. 1521. (bei Emminghaus, *corp. iur. germ. p. 139.*) und den dort citierten R. A. v. Augsburg ai. 1500. §. 19. der R. K. G. O.

9) Die Glossatoren scheinen diesen Ausdruck noch nicht gekannt zu haben; entsprechend ist jedoch schon das Griechische „*ὑπεισέρχονται τὸ πρόσωπον τοῦ ἰδίου γονέως*, welches ich zuerst bei Theodorus (*Breu. Nou. 118. c. 3. Zachariae, Anecd. p. 117.*) finde, von wo es in das Prochiron (*ed. Zachariae, Tit. XXX. c. 4. 7. p. 159. 160.*) und die Epanagoge (*ed. Zachariae, Tit. XXXIII. c. 15. 16. p. 177. 180.*) hinüber genommen ist, vgl. noch Hugo, Civilist. Magaz. Bd. V. p. 255

9a) Von Litteratur ist hier zu nennen: *W. Klaubart, De iure repraesentationis. Diss. inaug. (praes. E. F. Schroeter). Jenae 1669. I. C. Heroldt, Tractatio synoptica successionis legitimae, praesertim quae contingit iure repraesentationis. Numburg. 1694. Io. a Someren, Tr. de repraesentatione. Colon. 1713. Chr. Gmelin, Diss. exhib. historiam repraesentationis ex iur. Rom. Tubing. 1787.*

dessen Erben zur Beerbung des gemeinschaftlichen Ascendenten Zutritt erhielten [10]. Ein Repräsentationsrecht in diesem Sinne kennt die Justinianische Compilation höchstens in dem einen Falle der *Nou. 22. c. 21.*, und auch da handelt es sich

---

10) Vgl. hierzu besonders Glück, a. a. O. §. 23—26. Er unterscheidet sogar ein doppeltes Repräsentationsrecht, „zum Behufe des Rechtes zur Erbfolge" und „zum Behufe der Erbtheilung." Jenes bestehe darin, dass man die Stelle eines verstorbenen Ascendenten bei der Erbfolge einnehme, um mit einem näheren Verwandten des Erblassers zugleich erben zu können, durch den man sonst ausgeschlossen würde; dasselbe komme also nur in der Seitenlinie hinsichtlich der Neffen zur Anwendung, denn nur unter den Collateralen, nicht aber unter den Descendenten entscheide die Gradesnähe; die zweite Art des Repräsentationsrechtes dagegen beziehe sich auch auf die ferneren Abkömmlinge des Erblassers, indem diesen nicht mehr und nicht weniger zufalle, als das, was ihr *parens* erhalten haben würde; sie sich mithin alles in den Erbtheil einrechnen lassen müssten, was ihm eingerechnet worden wäre. Ja Einzelne wie Domat, *Les lois ciuiles dans leur ordre naturel. Tom. III. p. 258.* Hugo, a. a. O. p. 256. nehmen ein Repräsentationsrecht zum Behufe der Erbtheilung sogar bei der *successio in lineas* der Ascendenten an, s. dag. Glück, a. a. O. p. 621 ff. — Der einzige positive Grund, der sich für diese völlig aus der Luft gegriffene Theorie vorbringen lässt, ist der Ausdruck Justinian's in *Nou. 118. c. 1.* „*εἰς τὸν τοῦ ἰδίου γονέως τόπον ὑπεισιέναι,*" was Justinian damit aber habe sagen wollen, zeigen die gleich folgenden Worte: „*τοσοῦτον ἐκ τῆς κληρονομίας τοῦ τελευτήσαντος λαμβάνοντας μέρος, ὅσοι δήποτε ἂν ὦσιν, ὅσον ὁ αὐτῶν γονεύς, εἰ περιῆν, ἐκομίζετο, ἥντινα διαδοχὴν in stirpes ἡ ἀρχαιότης ἐκάλεσεν.*" Es handelt sich dabei einzig um die Grösse des den ferneren Descendenten gebührenden Erbtheils. In *Nou. 118. c. 3.* findet sich der Satz „*ἵνα εἰς τὰ τῶν ἰδίων γονέων δίκαια ὑπεισέλθωσιν*" freilich in Bezug auf den Platz der Successionsordnung gebraucht; allein dass damit bloss ein factisches Einrücken an Stelle der Verstorbenen gemeint sei, nicht eine rechtliche von der Beerbung derselben abhängige Vertretung, ergiebt sich aus den ganz analogen Redeweisen der Institutionen und Digesten, vgl. z. B. §. 6. 15. *I. de hered. q. ab int. def. III. 1. L. 1. §. 4. D. de suis et legit. 38. 16.*; und doch soll diess Repräsentionsrecht eine Neuerung sein, welche Justinian erst in der *Nou. 118.* eingeführt habe; sonstiger inneren Widersprüche (wie der angeblichen Vererbung eines an sich unvererblichen und auf den Repräsentierten noch nicht einmal gekommenen Anspruches) in dieser rein aus dem Ausdrucke „Repräsentationsrecht" hergeleiteten Doctrin nicht zu gedenken; s. überhaupt v. Vangerow, a. a. O. §. 414. Anm. 2. Francke, Beitr. I. p. 176 ff. Büchel, Erört. Bd. II. p. 217 ff.

nicht um die Geltendmachung eines Erbanspruches. — Befand der Erblasser selbst sich noch in väterlicher Gewalt, so bleibt dem Gewalthaber der Niessbrauch an dessen Adventicien ungeschmälert, und die Descendenten des Verstorbenen empfangen zunächst nur das nackte Eigenthum an ihren Erbtheilen[11]. — In der zweiten Klasse[12] stehen die Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister des Erblassers und der letzteren Söhne und Töchter[12a]. Unter den Ascendenten entscheidet unbedingt die Nähe des Grades[13]; übrigens kommt nichts darauf an, ob sie von

---

[11]) *Nou. 118. c. 1.* „*Κἂν γὰρ ὁ τελευτήσας ἑτέρου ὑπεξούσιος ἦν, ὅμως τοὺς αὐτοῦ παῖδας, οἱαςδήποτε ἂν ὦσι φύσεως ἢ βαθμοῦ, καὶ αὐτῶν τῶν γονέων προτιμᾶσθαι κελεύομεν, ὧν ὑπεξούσιος ἦν ὁ τελευτήσας, ἐπ᾽ ἐκείνοις δηλαδὴ τοῖς πράγμασιν, ἅτινα κατὰ τοὺς ἄλλους ἡμῶν νόμους τοῖς πατράσιν οὐ προςπορίζεται. ἐπὶ γὰρ τῇ χρήσει τῶν πραγμάτων τούτων ὀφειλούσῃ προςπορίζεσθαι ἢ φυλάττεσθαι, τοὺς περὶ τούτων ἡμῶν νόμους τοῖς γονεῦσι φυλάττομεν.*“ Es ist leicht ersichtlich, wie das Wort *φυλάττεσθαι* sich auf die Adventicien des Verstorbenen bezieht, *προςπορίζεσθαι* auf das Vermögen, welches erst durch die Beerbung Adventicium wird, also namentlich das von den mütterlichen Ascendenten auf die Hauskinder gelangende. Bei dieser Succession wird übrigens auch in der männlichen Linie dem *paterfamilias* doch an einem Gütercomplexe der Niessbrauch erworben, an welchem er ihn bis dahin noch nicht besass. Nach dem neuesten Rechte nämlich (vgl. oben §. 10. Anm. 147.) geht das Erbrecht der Descendenten dem Heimfallsrechte des Gewalthabers auch in Bezug des *peculium castrense* vor. Mit dem Erbgange aber streift diess seine Natur als *castrense* nothwendig ab, wird zu einem *aduenticium* und unterliegt als solches dem hausherrlichen Niessbrauche.

[12]) Vgl. Glück, a. a. O. §. 163—168. p. 619—643. Rosshirt, a. a. O. p. 325—336. p. 345—353. Hunger, a. a. O. §. 127. p. 414—418. Mayer, a. a. O. §. 77. p. 184. 185. v. Vangerow, a. a. O. §. 416. Vering, a. a. O. p. 660—663. *Strauch, l. l. disp. IV. De successione ascendentium. Disp. V. De successione collateralium.*

[12a]) Nicht aber deren fernere Descendenten, s. die Anm. 19. a. E. angeführten Worte der Novelle u. vgl. u. A. *Wernher, Obseru. forens. Tom. I. Pars IV. obs. 98. p. 830.* Das Responsum der Hallenser Schöffen von 1599. bei Hermann, a. a. O. p. 227.

[13]) *Nou. 118. c. 2.* „*Εἰ τοίνυν ὁ τελευτήσας κατιόντας μὲν μὴ καταλίποι κληρονόμους, πατὴρ δὲ ἢ μήτηρ ἢ ἄλλοι γονεῖς αὐτῷ ἐπιζήσουσι, πάντων τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν τούτους προτιμᾶσθαι θεσπίζομεν, ἐξῃρημένων μόνων ἀδελφῶν ἐξ ἑκατέρου γονέως συναπτομένων τῷ τελευτήσαντι, ὡς διὰ τῶν ἑξῆς δηλωθήσεται. Εἰ δὲ πολλοὶ τῶν ἀνιόντων περίεισι, τούτους*

väterlicher oder mütterlicher Seite stammen[14]), ob sie die leiblichen oder Adoptivangehörigen[15]) des Verstorbenen sind. — Vollgeschwister müssen nothwendig durch beide Eltern successionsfähig verwandt sein[16]). Deshalb gelten uneheliche (abgesehen von den *ex damnato coitu procreati*) und Adoptivgeschwister immer bloss als halbbürtige; und diess selbst dann noch, wenn beide Eigenschaften in denselben Personen zusammentreffen sollten; diese wären zwar doppelt Halb-, aber darum doch nicht Voll-Geschwister[17]). Letztere concurrieren nun mit allen Graden der Ascendenten[18]). —

προτιμᾶσθαι κελεύομεν, οἵτινες ἐγγύτεροι τῷ βαθμῷ εὑρεθεῖεν.“ Vgl. auch das Leipziger Schöffenurtheil von 1633 und die Jenenser Rechtssprüche von 1612, 1638 und 1640 bei Hermann, a. a. O. p. 216. 217.

[14]) „.... *ἄῤῥενάς τε καὶ θηλείας, εἴτε πρὸς μητρὸς εἴτε πρὸς πατρὸς εἶεν* ....“ heisst es in der Novelle unmittelbar nach den in der vorigen Anmerkung citierten Worten.

[15]) S. oben §. 11. Anm. 22. Anm. 25 ff.

[16]) *Nou. 118. c. 2.* „*Εἰ δὲ μετὰ τῶν ἀνιόντων εὑρεθῶσιν ἀδελφοὶ ἢ ἀδελφαὶ ἐξ ἑκατέρων γονέων συναπτόμενοι τῷ τελευτήσαντι μετὰ τῶν ἐγγιτέρων τῷ βαθμῷ ἀνιόντων κληθήσονται.*“ *cap. 3. init.* „*Εἰ τοίνυν ὁ τελευτήσας μηδὲ κατιόντας μηδὲ ἀνιόντας καταλείψῃ, πρώτους πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦμεν τοὺς ἀδελφοὺς καὶ τὰς ἀδελφάς, τοὺς ἐκ τοῦ αὐτοῦ πατρὸς καὶ τῆς αὐτῆς μητρὸς τεχθέντας, οὓς καὶ μετὰ τῶν πατέρων πρὸς τὴν κληρονομίαν ἐκαλέσαμεν.*“ *Theodori Hermopolitani. Breuiar. Nou. 118. c. 4. Zachariae, Anecd.* p. 117.

[17]) Wir können uns hierfür ausser auf die Natur der Sache noch auf die Eingangsworte des cap. 3. der *Nou. 118.* berufen, wonach lediglich die natürliche Abstammung von einem gemeinschaftlichen Elternpaare zur Succession in der zweiten Klasse berechtigen soll. Vgl. auch Rosshirt, a. a. O. p. 329 f. Göschen, Vorl. Buch V. §. 922 p. 349. 350. u. a. m. A. M. Arndts, im Rechtslex. Bd. V. p. 690. Anm. 143.

[18]) Man hat die für das Römische Recht ganz unnütze und wohl nur aus dem Hintergedanken an die Deutsche Parentelenordnung (vgl. die Regel bei Wasserschleben, Das Princip d. Success.-Ordn. Gotha 1860. p. 136. art. 7. p. 144. reg. 7 al.) erklärliche Frage aufgeworfen, ob die Geschwister nicht ausschliesslich mit den absolut nächsten Ascendenten concurrieren, die bloss relativ nächsten aber ausschlössen? Die Controversensammlungen der Glossatorenzeit nennen den Martinus und Bulgarus als den Urheber jener Streitfrage, vgl. *Dissension. Dominor. ed. Haenel, Cod. Chis. §. 37. Hugol. §. 298.* Ebenso gedenkt die Accursische Glosse derselben *Gl. ad Nou. 118. cap. 2. uerb. proximis.* vgl. auch v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M.-A. Bd. IV. p. 479.

Geschwisterkinder haben, ähnlich wie diess oben von den Enkeln gesagt wurde, ein Repräsentationsrecht. Sie werden nur alsdann zur Erbschaft berufen, wenn ihr Vater oder ihre Mutter, durch welche sie mit dem Erblasser zusammenhängen, noch ehe die Delation erfolgte, weggefallen sind [19]). Die *Nou. 118. c. 2.* gab den Geschwisterkindern diess Recht bloss unter der Bedingung, dass überhaupt keine Ascendenten existieren [20]); *Nou. 127. c. 1.* räumt ihnen den Platz auch in

---

Nro. 31. Weitere Litteraturnachweise finden sich bei Glück, a. a. O. p. 634. Es ist kaum glaublich, wie spätere rein auf dem Boden des Römischen Rechtes stehende Juristen, z. B. *Voet*, *Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 13.* sich für den Vorzug der Geschwister vor den Grosseltern u. s. w. aussprechen konnten, obschon diese Ansicht durch den Wortlaut der Novelle selbst vollständig widerlegt wird. Sowohl der Comparativ „*ἐγγυτέρων*“ in *Nou. 118. c. 2.* (vgl. oben Anm. 16.) wie der Nachsatz „*εἰ καὶ πατὴρ ἢ μήτηρ εἴησαν*“ zeugen deutlich genug, dass die Geschwister mit ganz verschiedenen Graden von Ascendenten hier zusammen erben können, vgl. Glück, a. a. O. p. 632—635. Rosshirt, a. a. O. p. 332 ff. Arndts, Rechtslex. Bd. V. p. 691. Anm. 148. Die fehlerhafte Uebersetzung des *εἰ καὶ* durch „*si autem*“ in der Vulgate hat übrigens auf die Entstehung unserer Controverse schwerlich einen Einfluss geübt; erst sehr viel später beruft man sich zur Unterstützung der irrigen Auffassung auf jene Worte.

[19]) *Nou. 118. c. 3.* „*Εἰ δὲ τῷ τελευτήσαντι ἀδελφοὶ ὑπείησαν καὶ ἑτέρου ἀδελφοῦ ἢ ἀδελφῆς προτελευτησάντων παῖδες, κληθήσονται πρὸς τὴν κληρονομίαν οὗτοι μετὰ τῶν πρὸς πατρὸς καὶ πρὸς μητρὸς θείων, ἀῤῥένων δὲ καὶ θηλειῶν . . . . τὸ δὲ τοιοῦτον προνόμιον ἐν ταύτῃ τῇ τάξει τῆς συγγενείας μόνοις παρέχομεν τοῖς τῶν ἀδελφῶν ἀῤῥένων ἢ θηλειῶν υἱοῖς ἢ θυγατράσιν, ἵνα εἰς τὰ τῶν ἰδίων γονέων δίκαια ὑπεισέλθωσιν, οὐδενὶ δὲ ἄλλῳ παντελῶς προσώπῳ ἐκ ταύτης τῆς τάξεως ἐρχομένῳ τοῦτο τὸ δίκαιον συγχωροῦμεν*“. Reichsed. v. 1521 (s. unten §. 16. Anm. 29.). Gegen die Ansicht Büchel's, wonach die Geschwisterkinder eigentlich immer noch zur vierten und nur bedingt zur zweiten Klasse der intestaterbberechtigten Verwandten gehören sollen, vgl. unten §. 15.

[20]) *Nou. 118. c. 2. uerb. πάντων τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν κ. τ. λ.* (oben Anm. 13.) *cap. 3.* „*. . . . ἀλλὰ καὶ αὐτοῖς τοῖς τῶν ἀδελφῶν παισὶ τότε ταύτην τὴν εὐεργεσίαν παρέχομεν, ὅτε μετὰ τῶν ἰδίων κρίνονται θείων, ἀῤῥένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς εἴτε πρὸς μητρὸς εἶεν*“. *Nou. 127. Praef.* „*εἰ δὲ ὁ τελευτήσας καταλίποι τῶν ἀνιόντων τινὰ καὶ ἀδελφοὺς ἐξ ἑκατέρων γονέων συναπτομένους αὐτῷ, καὶ παῖδας ἐκ προτελευτήσαντος ἀδελφοῦ, τοὺς μὲν ἀδελφοὺς ἐκελεύσαμεν διὰ τοῦ αὐτοῦ νόμου μετὰ τῶν γονέων καλεῖσθαι, τοὺς δὲ ἀδελφόπαιδας ἀπεκλείσαμεν*“. Auch in Betreff dieser Bestimmung ist neuerdings von Büchel, a. a. O. p. 178 ff. der Zweifel angeregt

Concurrenz mit Ascendenten und Vollgeschwistern ein[21]. — Die Praxis ist mit gutem Grunde noch über den Wortlaut der Verordnung hinausgegangen; sie erkennt den Geschwisterkindern selbst da, wo ausserdem ausschliesslich Ascendenten zur Erbfolge berufen sind, die Stelle neben diesen zu[22]. —

---

worden, ob nach dem vorliegenden Gesetze die Concurrenz von Ascendenten neben Geschwisterkindern die letzteren nur des Erbrechtes mit den Geschwistern des Verstorbenen, oder vielmehr alles Erbrechtes in der zweiten Klasse (nach der jetzt üblichen Zählung, d. h. des Erbrechtes vor den Halbgeschwistern) beraubte. Diess war, so lange die *Nou. 127.* noch nicht ergangen war, bezüglich der *successio graduum* von practischer Erheblichkeit, und wir müssen deshalb bei der Erörterung dieser Lehre auf Büchel's Meinung zurück kommen. — Die *Nou. 118.* theilt demnach die intestaterbberechtigten Verwandten eigentlich in folgende Klassen: 1. Descendenten, 2. Ascendenten, 3. Geschwister und Geschwisterkinder, 4. übrige Collateralen; giebt den Vollbürtigen vor den halbbürtigen Verwandten in der dritten Klasse ein unbedingtes Vorzugsrecht und beruft die Vollgeschwister zugleich ausnahmsweise schon in der zweiten.

21) *Nou. 127. c. 1.* „.... *θεσπίζομεν, ἵνα εἴ τις τελευτήσας καταλείψει τῶν ἀνιόντων τινὰ καὶ ἀδελφοὺς δυναμένους μετὰ τῶν γονέων καλεῖσθαι καὶ ἑτέρου ἀδελφοῦ προτελευτήσαντος παῖδας, μετὰ τῶν ἀνιόντων καὶ τῶν ἀδελφῶν καλῶνται καὶ οἱ τοῦ προτελευτήσαντος ἀδελφοῦ παῖδες* . . . . . *καὶ ἁπλῶς εἰπεῖν, οἵαν αὐτοῖς δεδώκαμεν τάξιν, ὅτε μετὰ μόνων καλοῦνται τῶν ἀδελφῶν, ταύτην αὐτοὺς ἔχειν κελεύομεν, καὶ ὅτε μετὰ τῶν ἀδελφῶν καλοῦνται τῶν ἀνιόντων τινὲς πρὸς τὸν κλῆρον*“. Edict des Reichsreg. v. 1521. (s. unten §. 16. Amn. 29.).

22) Man hat vielfach diesen Satz, den wir als ein Product der gemeinrechtlichen Praxis ansehen, unmittelbar aus der Justinianischen Verordnung herauslesen wollen, vgl. namentlich Puchta, Vorl. Bd. II. §. 457. p. 316. v. Helmolt, Civilist. Abh. Heft 1. p. 12. 13. Allein bei der durchaus positiven Natur jeder Successionsordnung und insbesondere des Repräsentationsrechtes darf man gewiss ohne Noth von dem Buchstaben des Gesetzes nicht abweichen; freilich würde man sich auch dazu verstehen müssen, wenn man auf dem eingeschlagenen Wege bloss zu einem „sinnlosen“ Resultate käme. Allein das erscheint doch noch leidlich vernünftig, dass die Ascendenten die der Familie des Verstorbenen schon viel ferner stehenden Geschwisterkinder ausschliessen sollen, sofern nicht durch die Existenz erbberechtigter Geschwister eine Art von Mittel- und Verbindungs-Glied zwischen beiden hergestellt wird. (Vgl. auch die Auffassung der Novelle 127. durch Theodorus von Hermopolis [*ed. Zachariae p. 135*] Athanasius [*ed. Heimbach p. 106*] Julian [*const. 114.*], obschon die Endworte seines Auszuges

Doch hat man bezüglich dieses Erbrechtes der Geschwisterkinder durchweg die Voraussetzung zu machen, dass sie ihren Eltern in der ersten Klasse zu succedieren im Stande seien; von Schwesterkindern erben hier demnach sogar die unehelichen [22a]), nicht aber die angenommenen [23]), von Bruderskindern bloss die ehelichen und die vollkommen adoptierten oder arrogierten, wenn sie zugleich mit dem Erblasser selbst agnatisch verbunden sind [24]). — Die Beerbung eines Hauskindes durch den Gewalthaber lässt den dem letzteren an den Adventicien zustehenden Niessbrauch untergehen, indem der Hausvater durch sein Miterbrecht für denselben entschädigt wird [25]). — In der dritten Klasse gelangen die

ebenso wie das griechische Excerpt in Zachariä's Anecd. p. 219. der Puchta'schen Ansicht günstiger lauten). Dazu kommt, dass das Vermögen von den Ascendenten doch meistentheils auf die Geschwisterkinder sich später wieder vererbt (Arndts, a. a. O. p. 692), eine wirkliche Härte gegen die letzteren in der Anwendung des Wortlautes der Novelle also nicht liegt. Dennoch hatte die Praxis guten Grund zu ihrer Umgestaltung des Justinianischen Rechtes, indem sie damit einem dort bereits anerkannten, aber noch nicht zu consequenter Durchführung gelangten Principe, dem der Gleichberechtigung der Geschwisterkinder mit den Geschwistern, unbedingte Wirksamkeit sicherte. — Umgekehrt haben Manche (s. namentlich das Urtheil des O. A. G. zu Celle in Seuffert's Archiv Bd. V. Nro. 300.) die Existenz des behaupteten Gewohnheitsrechtes in Abrede genommen; allein Präjudicien für dasselbe sind in solcher Zahl und aus so verschiedenen Zeiten und Orten vorhanden, dass ein Zweifel dawider billig nicht erhoben werden sollte, vgl. das Wittenberger Facultätsgutachten von 1602 für Nicolaus Boren in Mühldorf, das Marburger und Jenenser in derselben Sache, das Leipziger Schöffenurtheil von 1630 bei Hermann, a. a. O. p. 223—225. (aus *Carpzow, Iurisprud. for. Pars III. const. 17. def. 4.*), die Erkenntnisse des Stadt- und des Hofgerichtes zu Münster von 1731 und 1736, des Reichskammergerichtes von 1746 in Cramer's Wetzlar'schen Nebenstunden. Thl. 67. p. 1—10.

22a) Vgl. das Leipziger Schöffenurtheil bei Hermann, a. a. O. p. 255.

23) Weil ihr Verwandtschaftsverhältniss auf die Personen von Pflegemutter und Kind beschränkt bleibt. S. oben §. 11. Anm. 22.

24) Die Adoptivkinder des *frater emancipatus* beerben also dessen Geschwister nicht.

25) *Nov. 118. c. 2.* „*Οὐδεμίαν χρῆσιν ἐκ τῆς τῶν υἱῶν ἢ θυγατέρων μοίρας ἐν τούτῳ τῷ θέματι δυναμένου τοῦ πατρὸς ἑαυτῷ παντελῶς ἐκδικεῖν, ἐπειδὴ ἀντὶ ταύτης τῆς χρήσεως μέρος αὐτῷ τῆς κληρονομίας καὶ κατὰ*

Halbgeschwister und deren unmittelbare Kinder zur Succession. Gleichgültig ist es dabei, ob die halbbürtige Verwandtschaft wie die der Adoptivgeschwister durch den Vater, oder (wie z. B. bei unehelichen Descendenten) durch die Mutter vermittelt wird, ob die Geschwister also (im Sinne der Neueren) *consanguinei* oder *uterini* sind. Wo aber das Gesetz die Verwandtschaft der Kinder zu den Eltern gänzlich ignoriert, wie bezüglich der *ex damnatis amplexibus procreati* (s. oben §. 12. Anm. 43.), fällt auch jeder geschwisterliche Erbanspruch unter ihnen selbstverständlich fort[25a]). Die Kinder halbbürtiger Brüder und Schwestern üben ihr Erbrecht genau unter den nämlichen Bedingungen aus, deren hinsichtlich der Kinder von Vollgeschwistern oben Erwähnung geschah[26]). — Die vierte Klasse endlich umfasst alle übrigen Collateralen[27]). Unter ihnen entscheidet einfach die Gradesnähe ohne Rücksicht, ob die Verwandtschaft voll- oder halbbürtig ist[28]).

δεσποτείας δίκαιον διὰ τοῦ παρόντος δεδώκαμεν νόμου". Das Genauere vgl. unten §. 16.

25a) Vgl. Voet, *Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 19. i. f.* Carpzow, *Iurisprud. for. Pars III. const. 14. defin. 11.* und das dort erwähnte Leipziger Urtheil v. J. 1621.

26) *Nou. 118. c. 3.* nach den Anm. 16. citierten Worten. „*Τούτων δὲ μὴ ὑπόντων ἐν δευτέρᾳ τάξει ἐκείνους τοὺς ἀδελφοὺς πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦμεν, οἵτινες ἐξ ἑνὸς γονέως συνάπτονται τῷ τελευτήσαντι εἴτε διὰ τοῦ πατρὸς μόνου εἴτε διὰ τῆς μητρός*". Es folgen nun die Anm. 19. ausgeschriebenen Sätze, welche sich demnach ebensowohl auf die Halb- als auf die Vollgeschwister beziehen. Vgl. übrigens Glück, a. a. O. §. 187. p. 705—709. Rosshirt, a. a. O. p. 366—374. Hunger, a. a. O. §. 129. Mayer, a. a. O. §. 78. Arndts, a. a. O. p. 693. v. Vangerow, a. a. O. §. 417. Vering, a. a. O. p. 664.

27) Vgl. Glück, a. a. O. §. 192. p. 717—721. Rosshirt, a. a. O. p. 375—377. Hunger, a. a. O. §. 131. p. 427 f. Mayer, a. a. O. Arndts, a. a. O. p. 693. Vering, a. a. O. p. 664.

28) *Nou. 118. c. 3. §. 1.* „*Εἰ δὲ μήτε ἀδελφοὺς μήτε παῖδας ἀδελφῶν, ὡς εἰρήκαμεν, ὁ τελευτήσας καταλείψει, πάντας τοὺς ἐφεξῆς ἐκ πλαγίου συγγενεῖς πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦμεν κατὰ τὴν ἑνὸς ἑκάστου βαθμοῦ προτίμησιν, ἵνα οἱ ἐγγύτεροι τῷ βαθμῷ αὐτοὶ τῶν λοιπῶν προτιμῶνται*". — Wenn wir hier vielfach ausdrückliche Erklärungen darüber finden, dass in dieser Klasse die vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten neben einander zur Erbfolge gelangen, s. z. B. die beiden Hallenser Schöffenurtheile

§. 15. **Successive Delation**[1]).

Ist auf Grund der eröffneten Intestatdelation Niemand Erbe geworden, indem die Delaten nicht antreten konnten oder wollten, so ergeht eine neue Berufung an die der Erbordnung gemäss nächstfolgenden Personen. Diess ist die successive Delation[2]) (*successio L. 1. pr. D. de succ. ed.* „*E re igitur Praetor putauit . . . . dare inter eos successionem . .*“ *al.*), eine neue Delation aus demselben Delationsgrunde (vgl. oben §. 5. p. 52.). Man unterscheidet *successio ordinum* und *successio graduum*[3]), je nachdem einer neuen Klasse,

---

von 1597, das von 1598, die Responsa der Frankfurter Juristen-Facultät von 1680 und 1685 bei Hermann, a. a. O. p. 371—373., so erklärt sich diess nicht bloss durch den Hinblick auf die Römischen Rechtsbestimmungen in Betreff der zweiten und dritten Erbklasse, sondern vielmehr noch durch die Erinnerung an den abweichenden Sächsischen Rechtssatz, dass die halbe hinter der vollen Geburt um einen Grad zurücktrete (vgl. Sachsensp. Land. R. Buch I. Art. 3. §. 3.), dessen practische Anwendung durch eine Menge von Präjudizien, deren auch Hermann, a. a. O. p. 373—378, eine Anzahl beibringt, selbst auf die ferneren Grade hinaus bezeugt wird. — Uebrigens bedarf es wohl keiner besonderen Erinnerung daran, dass von den halbbürtigen Verwandten die unehelichen nur in der mütterlichen, die Adoptivverwandten lediglich in der väterlichen Linie erbberechtigt sind. Vgl. Glück, a. a. O. p. 720. 721.

[1]) Vgl. *Tit. Dig. 38. 9. De successorio edicto. Tit. Cod. VI. 16. De succ. ed.* — Glück, a. a. O. §. 66. p. 225—227. §. 102—106. p. 374—390. §. 144. p. 540—543. §. 151. 152. p. 574—580. Rosshirt, a. a. O. p. 405—414. Hunger, a. a. O. §. 130. p. 424—427. Mayer, a. a. O. §. 65. p. 164 ff. §. 80. p. 189 f. Arndts, a. a. O. p. 693—696. v. Vangerow, a. a. O. §. 420. p. 73—80. Vering, a. a. O. p. 432. 581. 620. 665.

[2]) Analog wie *ab intestato* findet auch *ex testamento* eine successive Delation Statt, vgl. unten §. 32—35.

[3]) Für diese neueren Kunstausdrücke hat die Glosse „*successio de capite in caput*“ und „*de gradu in gradum*“ *Gl. ad L. 1. §. 8. D. de succ. ed. 38. 9. uerb. si intra. Gl. ad L. 2. D. eod. uerb. cognatus. Gl. ad rubr. tit. Cod. de succ. ed. VI. 16. Gl. ad L. 1. C. eod. uerb. ex edicto.* — Unsere Römischen Quellen selbst enthalten nur die Ausdrücke „*successio, succedere, proximo gradu deficiente sequens succedit*“ (*§. 7. I. de legit. agn. succ. III. 2.*), ohne zwischen *successio ordinum* und *graduum* durch die dafür gebrauchten Bezeichnungen zu unterscheiden. Von den Byzantinern dagegen (vgl. *Theoph. Paraphr. ad*

oder innerhalb derselben Klasse einem entfernteren Grade deferiert wird. — Das Civilrecht kannte die successive Delation gar nicht, weder bei den *sui*, wo schon der *ipso iure* erfolgende Erwerb der Erbschaft sie nothwendig ausschloss [4]), noch bei den Agnaten, hinsichtlich deren der positive Satz galt „*in legitimis* [5]) *hereditatibus successio non est*“ (*Vlp. XXVI. §. 5. Paull. R. S. IV. 8. §. 23; §. 7. I. de legit. agn. succ. III. 2.*) [6]), noch endlich bei den Gentilen, wiewohl man hier hat zweifeln wollen, ob sie nicht doch nach dem Wegfalle des „*proximus agnatus*“ zur Erbschaft zugelassen worden seien [7]); ein Zweifel, der freilich gar nicht möglich gewesen wäre, wenn man den letzten Grund jener Regel [8]) richtig

---

§. *11. I. de grad. cogn. III. 6. Nov. 118. praef. c. 1—4. al.*) wird τάξις und βαθμός in dem Sinne von *ordo* und *gradus* streng aus einander gehalten. S. auch v. Helmolt, Civilist. Abh. Heft 1. p. 8. 9.

[4]) Vgl. *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. 38. 16.* „. . . . *quamvis successio in suis heredibus non sit.*“ Wir haben in dieser Stelle zugleich einen practischen Commentar über das oben §. 5. p. 52. hinsichtlich des Unterschiedes von successiver Delation und der Ablösung des einen Delationsgrundes durch den anderen Gesagte. Vgl. Glück, a. a. O. p. 386. 387. und oben §. 6. a. Anf.

[5]) S. wegen dieses Sprachgebrauchs oben §. 5. Anm. 1.

[6]) Vgl. noch *Gai. III. §. 12. 22. L. 2. pr. D. de suis et legit.*

[7]) So z. B. Hugo, Röm. R.-Gesch. p. 258. *Schrader, Comm. in Inst. ad §. 7. I. cit. p. 433.*, s. dag. Glück, a. a. O. §. 66. Schilling, Bem. üb. Röm. R.-G. p. 80 ff. Leist, *Bon. poss.* Bd. I. p. 110. 206 ff. u. A. m.

[8]) Treffend und wahr bemerkt Leist, a. a. O. p. 112. Anm. 9., über die Schwierigkeit derartigen Nachspürens: „Es ist nicht leicht, nachdem man einen freieren Gesichtskreis genommen hat, sich in einen engeren hineinzudenken und gleichsam einzuleben;“ und daher mag es wohl kommen, dass bei solchem rückwärts gerichteten Construieren so viel Fehlgriffe begangen werden. Auch Leist's eigener Versuch, dünkt mich, befriedigt nicht. Er sieht a. a. O. p. 113. den Grund für den Satz „*in legitimis hereditatibus successio non est*“ darin, dass „der *heres* in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, ohne dass diese unterbrochen würde, eintreten solle, alles Recht des Erben sich daher auch vom Augenblicke des Todes datieren müsse, weil in dem später deferierten Erbrechte eine Unterbrechung der Persönlichkeit liegen würde.“ — Abgesehen von dem, was oben §. 6. p. 67 f. über die wahre Bedeutung der Rechtsparömie „*heres quandoque adeundo iam tunc a morte successisse intelligitur*“ gesagt ist, widerlegt sich diese

erkannt, und ihn nicht in zufälligen Aeusserlichkeiten[9]) gesucht hätte. — Es war dem Prätor vorbehalten, die successive

---

Auffassung schon durch die Möglichkeit des Ueberganges von der testamentarischen zu der Intestatdelation, die wir in keiner Weise für einen blossen Verstoss gegen einen solchen Fundamentalsatz des Römischen Erbrechtes zu erklären befugt sind. — Mir scheint die Veranlassung unserer Regel in Folgendem zu liegen. Wenn dem nächsten Agnaten einmal deferiert ist, will er gleich von seinem Rechte keinen Gebrauch machen, so steht seine Existenz dem entfernteren doch immer im Wege; dieser ist nicht der Berechtigte, weil er nicht der nächste ist. Mit anderen Worten, in der Annahme einer *successio ordinum* oder *graduum* ist stets, und diess blickt noch in unseren Quellenzeugnissen durch (s. z. B. *Vlp. XXVIII. §. 11.; §. 9. I. de B. P. III. 9. L. 2. pr. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. §. 10. D. de succ. ed.*), die Fiction des Nichtvorhandenseins des vorhergehenden Erbberechtigten ausgesprochen. Diese Fiction fand nun erst später in die Rechtsanschauung des Römischen Volkes Eingang. Sie greift übrigens selbst da noch ein, wo der Delat inzwischen verstorben ist. Ihm war nämlich das *ius succedendi* zugefallen; ihn hat das Recht als den richtigen Erben bezeichnet, darum kann kein Anderer es sein. Die Thatsache der Delation ist durch seinen Tod ebensowenig wie durch seinen Verzicht ungeschehen zu machen. — Anders verhält es sich dagegen mit dem Testamente; durch die Destitution wird sein Dasein vernichtet; jetzt erlangt das Gesetz Raum; während dieses seine Geltung nie verliert, mag der Delat sein *ius succedendi* üben oder nicht. Indessen will ich zugestehen, dass gerade in der Nullität des *testamentum destitutum* bereits eine Abweichung von der alten Rechtsanschauung erkennbar wird. Offenbar hängt mit letzterer auch der in *L. 1. §. 8. D. de succ. et legit. 38. 16.* und sonst (vgl. §. 10. Anm. 19. 20.) bekämpfte Zweifel zusammen, ob der Enkel vom *filius suus* in Folge der erst nach dieses Tode eröffneten Intestaterbfolge *suus heres* sein könne. Jene Rechtsansicht ist eben eine für alle Erbklassen gleichmässig geltende; und so sind wir völlig befugt, den Satz „*in legitimis hereditatibus successio non est*“ unbedenklich auch den Gentilen gegenüber zur Anwendung zu bringen, zumal es an allen irgend haltbaren, positiven Gegengründen gänzlich fehlt.

[9]) So hat man die Unzulässigkeit der successiven Delation nach Civilrecht aus dem Wortlaute der XII Tafeln „*cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*“ ableiten wollen, s. z. B. Schulting, *Iurisprud. anteiust. ad Gai. epit. Lib. II. Tit. 8. p. 139. not. rr.* und die dort citierten Aelteren, Schilling, a. a. O. p. 80. u. A. m., als ob die Römische Iurisprudenz Sklavin des Wortlautes im Gesetze gewesen wäre, und nicht vielmehr bloss deshalb an dem Buchstaben desselben festgehalten hätte, weil sie in ihm den genauesten Ausdruck des zu Grunde liegenden Gedankens erkannte.

Delation in seinem *edictum successorium*[10]) zuerst consequent durchzuführen. Sie fand dort Statt rücksichtlich der einzelnen Klassen[11]), und in dem *ordo unde cognati* auch rücksichtlich der verschiedenen Grade[12]), was in dem *ordo unde legitimi* mindestens sehr controvers war[13]), und erst durch Justinian selbst da zur Regel erhoben ist[14]). Unerweislich bleibt da-

[10]) Vgl. hierzu noch Leist, a. a. O. Bd. I. §. 9—17.

[11]) *Vlp. XXVIII. §. 11. „Qui omnes intra id tempus si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus* (vgl. oben §. 10. zu Anm. 45.) *admittitur . . .“ cf. §. 9. I. de B. P. III. 9. L. 2. pr. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. §. 10. D. de succ. ed. 38. 9.*

[12]) *L. 1. L. 2. C. de succ. ed. VI. 16.* vgl. auch die drei letzten in der vorigen Anmerkung citierten Stellen, welche ganz allgemein lauten.

[13]) *Gai. III. §. 28. „Idem iuris est, ut quidam putant, in eius agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem nihilo magis iure legitimo admittitur; sed sunt, qui putant, hunc eodem gradu a praetore uocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur.“ cf. §. 7. I. de legit. agn. succ.*

[14]) Justinian sagt uns selbst, er habe die successive Delation bei den agnatischen Erbschaften, also auch in Betreff der *bon. poss. unde legitimi*, eingeführt. *§. 7. I. de legit. agn. succ. III. 2. „Sed nos nihil deesse perfectissimo iuri cupientes nostra constitutione sanximus, quam de iure patronatus humanitate suggerente protulimus, successionem in agnatorum hereditatibus, non esse eis denegandam . . . .“ cf. Basil. Lib. 49. Tit. 1. c. 28. §. 20. ed. Heimbach, Tom. V. p. 9.* — Mit Unrecht zweifelt *Schrader, Comm. in Inst. ad h. l. p. 433.*, ob der Kaiser hier die Verordnung meine, die uns in dem citierten lückenhaften und dürftigen Basilikenauszuge bewahrt, in ihrer echten Gestalt, von einigen Fragmenten abgesehen, welche das von der *successio* handelnde Stück nicht mehr enthalten, aber verloren gegangen ist. Dass die vorhandenen Relationen über deren Inhalt ungenau die *graduum successio* als etwas bezüglich der *ingenui* schon Bestehendes, nicht erst neu Eingeführtes darstellen, darf uns gewiss nicht veranlassen, jene Constitution noch anderweitig zu suchen. — Neuerlich hat man die Ansicht aufgestellt, der Prätor habe von Anfang an wenigstens eine *successio* der civilrechtlichen *ordines* (*sui, agnati, gentiles*) anerkannt. Leist, a. a. O. Bd. I. p. XV f. Bd. II. Abthl. 1. p. 304 f. aber auch ebd. p. 20. Als Hauptargument wird dafür angeführt *Gai. III. §. 27. Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes uocat,“* woraus sich ergebe, dass die *agnati capite non deminuti* doch berufen seien, sobald die ihnen vorgehenden *sui* die ihnen offen gelassene Frist unbenutzt hätten ablaufen lassen. Es ist das eine arge Verwechselung von Zeit und Ort. Gaius

gegen die Behauptung, dass der Kaiser für den *ordo unde*

---

sagt, die *agnati capite deminuti* haben in der zweiten prätorischen Erbklasse keine Stelle gefunden, wie die *sui capite deminuti* in der ersten; er versteht unter den Worten „*post suos heredes,*“ wie aus dem Zusammenhange mit §. 26. sofort ersichtlich wird, eben den *ordo unde liberi.* Gaius sagt nicht, und kann nicht sagen, dass nach der Repudiation der *bonorum possessio* durch die *sui* nun irgend einer der Agnaten als *legitimus* agnoscieren dürfe. Das mochten höchstens die behaupten, welche auch in dem *ordo unde legitimi* eine Succession der einzelnen Grade annahmen. War ein *suus* da, so gab es keine anderen *legitimi;* auf die *b. p. unde liberi* hätte gleich die *b. p. unde cognati* folgen müssen, wenn man nicht vermöge einer *benigna interpretatio* (vgl. oben §. 10. Anm. 74.), welche den Buchstaben des Edictes für sich hatte (*tum quem ei heredem esse oportet*), den *suus* sich selbst hätte succedieren lassen. Dafür beweist *L. 2. pr. D. unde legit. 38. 7.* „*si repudiauerint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas;*“ also diejenigen, welche ohne das Vorhandensein der *sui* die gesetzlichen Erben gewesen wären, sind von der *b. p. unde legitimi* ganz ausgeschlossen, die *sui* stehen ihnen auch da im Wege; und dass diess nur einstweilen der Fall sei, wie Leist die Stelle auslegen müsste, davon steht kein Wort in derselben. Der Jurist versagt ihnen geradezu den Namen *legitimi*, sie sind nur solche, *quibus legitima potuit deferri hereditas.* Damit stimmt ferner *L. 1. §. 11. D. de success. ed.* Vorauszuschicken ist, dass „*inter ceteros*“ „*ceteris defertur*“ u. s. w. nicht mit Leist, a. a. O. p. 304 f., auf die Agnaten bezogen werden darf, sondern alle diejenigen bezeichnet, an welche successive weiter deferiert werden kann; dass wir aller Wahrscheinlichkeit nach (vgl. noch §. *9. I. de B. P. III. 9.*) hier einen in dem *edictum successorium* selbst gebrauchten Ausdruck vor uns haben. Nun fasst der Jurist seine Meinung dahin zusammen: „*Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere, et post hos suo ordine ex illa parte, unde proximi cognati uocantur.*“ Das *post hos* deutet nicht auf eine Mehrzahl von Berechtigten in unserem concreten Falle hin, sondern nimmt bloss formell grammatisch den im Edicte gesetzten Plural wieder auf. Denn wenn der *suus* hier als *proximus agnatus* erbte (wofür *L. 4. §. 1. D. quis ordo* nicht angeführt werden darf, da der Sohn z. B. durch Adoption des Vaters, oder weil sie in *manu mariti* stand, der Mutter *consanguineus* sein kann; und *L. 6. §. 2. D. de Carb. ed.* „*quoniam sui sint*“ sagt offenbar das Gegentheil), so musste man in dem *ordo unde legitimi* selbst gegen die Regel wieder eine *graduum successio* statuieren, um zu mehreren *legitimi* zu kommen. Vgl. noch *L. 6. C. de legit. hered. VI. 58.*, welche bei der Doppelsinnigkeit des „*iure consanguinitatis*“ (so kennt *L. 3. C. eod.* ein *ius consanguinitatis* auch *cessante iure agnationis* und ebenso unterscheidet *L. 4. D. unde*

liberi das Gleiche verfügt habe [15]). Da nun die prätorische Erbordnung nicht auf einem einheitlichen Principe beruhte, konnte es kommen, dass verschiedene Successionsgründe in einer Person zusammentrafen, welche sie in mehreren der edictalen Klassen zur Erbschaft berechtigten; hier rückte dieselbe also gewissermassen in ihre eigene Stelle nach; der *suus* z. B. war zuerst unter den *liberi* des Verstorbenen, dann als gesetzlicher Erbe, endlich als nächster Cognat zur *b. p.* berufen (*L. 1. §. 11. D. de succ. ed. L. 6. §. 2. D. de Carb. ed. 37. 10. L. 2. pr. D. unde legit. 38. 7.*). — Auf dem Gebiete des Civilrechtes findet sich zwar bereits in den Bestimmungen des *Sc. Tertullianum* und *Orphitianum* ein Analogon der successiven Delation; dieselbe erscheint dort aber, wie diess oben (§. 10. Anm. 101. 116. *cf. L. 91. D. R. I. 50. 17.*) näher dargelegt wurde, lediglich als Folge einer durchaus singulären Gesetzesvorschrift, und in wesentlichen Stücken von dem allgemeinen, hier zu behandeln-

cogn. 38. 8. beides, doch wohl nicht bloss als *genus* und *species*) weder für noch gegen (so Büchel, a. a. O. p. 117) die hier vorgetragene Ansicht entscheidet.

[15]) Diess nimmt nach dem Vorgange vieler Aelteren an v. Vangerow, a. a. O. p. 34. wegen *L. 3. C. unde lib. VI. 14.* „*Qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni suscipere facultates non potest, maxime emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.*" Indem Justinian diese Constitution mit nicht unerheblichen Interpolationen aus einem ganz anderen Titel des Theodosischen Codex (*de bonis maternis VIII. 18.*) in den Titel *unde liberi* hinübergenommen, habe er dadurch angedeutet, dass es sich hier um die *b. p. unde liberi*, nicht um die *unde cognati* handle, an die man sonst etwa zur Noth hätte denken können. Man müsse also annehmen, dass der Kaiser in dem verlorenen Erlasse *de iure patronatus* die *successio graduum* nicht bloss für die Klasse *unde legitimi*, sondern auch für den *ordo unde liberi* angeordnet habe. Wider diese Hypothese entscheidet jedoch, so viel ich sehe, der schon von Büchel, a. a. O. p. 112. 113., hervorgehobene Grund, dass Justinian dann unmöglich in Pandecten und Institutionen ganz die alten Regeln ohne den mindesten Hinweis auf die durch ihn bewirkte Aenderung hätte vortragen können. — Gegen die völlig haltlose Ansicht Mayer's, Recht d. Anwachs. p. 270 f., als ob die *successio graduum* in der Klasse *unde liberi* von jeher Rechtens gewesen sei, vgl. noch Büchel, a. a. O. p. 94—100.

den Rechtsinstitute abweichend. Vielmehr beruht die Anerkennung der successiven Delation als eines auch die ganze civile Intestaterbfolge beherrschenden Princips ebenfalls erst auf der erwähnten[16]) Justinianischen Constitution, von wo sie dann natürlich in das neueste Erbrechtssystem hinüber genommen worden ist[17]). —

Ueber den Umfang, in welchem diess geschehen, besteht allerdings unter den heutigen Juristen keine völlige Uebereinstimmung. Denn während die Meisten die *successio ordinum* wie *graduum* nach dem Rechte der Novelle 118. durchweg für zulässig erachten, räumt Puchta[18]) diess nur bezüglich der ersteren unbedingt ein und stellt in Betreff der letzteren als leitenden Grundsatz auf, sie komme denen nicht zu Gut, welche wie mittelbare Descendenten und Geschwisterkinder bei der ursprünglichen Delation weniger wegen ihres ferneren Verwandtschaftsgrades als wegen der Existenz von Mittelspersonen zwischen ihnen und dem Erblasser ausgeschlossen worden seien; und Büchel[19]) läugnet die *successio graduum* wenigstens hinsichtlich der Geschwisterkinder in der zweiten

---

[16]) Der *L. 4. (restit.) C. de iur. patron. VI. 4.* vgl, noch *L. 15. §. 3. C. de legit. hered. VI. 58.*

[17]) Die Novelle hat ja nur die Erbfolgeordnung neu geregelt, im Uebrigen aber die bisherigen Erbverhältnisse fortbestehen lassen. Eine ausdrückliche Erwähnung der successiven Delation suchen wir freilich in dem Gesetze vergebens, und es ist unbedingt zu weit gegangen, wenn v. Helmolt, a. a. O. p. 22 f. aus den Anfangsworten des cap. 5. eine directe Bestätigung derselben herauslesen will. Dort wird vielmehr bloss die Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel auf alle Cognaten ausgedehnt, welche durch die Novelle erbberechtigt geworden sind. Der Gedanke, dass die successive Delation wie bei der Vormundschaft, so auch bezüglich des Erbrechtes Platz greifen solle, liegt zwar nahe, ist jedoch nicht geradezu ausgesprochen.

[18]) Pandecten §. 458. Anm. e. Vorles. ebd. Bd. II. p. 313. S. dawider besonders Büchel, a. a. O. p. 114—119, der es mit Recht hervorhebt, wie die Puchta'sche Ansicht im Grunde auf der schon mehrfach gerügten Verwechselung der Justinianischen Erbklasse der Descendenten nach *Nov. 118.* mit dem prätorischen *ordo unde liberi* beruht. Ferner v. Vangerow, a. a. O. p. 73—75.

[19]) Streitfragen aus *Nov. 118.* im 2. Bande der Civilrechtl. Erört. Abthl. 2. p. 118. 119. 171—190.

und dritten Klasse, indem dort nur die Söhne und Töchter **vorverstorbener** Brüder und Schwestern berufen seien. Beide Ansichten gehen von dem gemeinsamen Irrthume aus, als ob die Verwandten, denen sie die *successio* versagen und dann höchstens einen Platz in der vierten Justinianischen Erbklasse anweisen[20]), nur bedingungsweise in die erste und resp. zweite oder dritte Klasse gehörten, da doch die Novelle bei der Abgrenzung derselben überall das durchaus bedingungslose Verhältniss der Descendenten, Ascendenten und Collateralen zu Grunde legt[21]), und ausdrücklich alle Descendenten in die erste, und in die vierte Klasse die Collateralen mit Ausnahme der Geschwister und Geschwisterkinder versetzt[22]). So steht denn jeder Verwandte in seiner eigenen Erbklasse; einzig in dieser kann er zur Erbschaft gelangen, sofern sie ihm überhaupt zu Theil wird. Die *successio graduum* gilt daher gleichmässig durch alle vier Klassen[23]) der Intestaterben. —

---

[20]) S. besonders Büchel, a. a. O. p. 119. 171. 190.

[21]) *Nou. 118. Praef. i. f.* „Ἐπειδὴ τοίνυν πᾶσα ἡ τοῦ γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι, τουτέστι τῇ τε τῶν ἀνιόντων καὶ τῇ τῶν κατιόντων καὶ τῇ τῶν ἐκ πλαγίου, ἥτις εἰς *adgnatovς* καὶ *cognatovς* διαιρεῖται, πρώτην εἶναι διατυποῦμεν τὴν τῶν κατιόντων διαδοχήν“ *cap. 1. i. f.* „Καὶ ταῦτα μὲν περὶ τῆς τῶν κατιόντων διαδοχῆς ἐτυπώσαμεν. Ἀκόλουθον δὲ εἶναι συνείδομεν καὶ περὶ τῶν ἀνιόντων διατάξασθαι, ὅπως ἂν εἰς τὴν τῶν κατιόντων κληθεῖεν θιαδοχήν“ *cap. 2. i. f.* „Ὑπόλοιπόν ἐστιν, ἵνα καὶ τὴν τρίτην ὁρίσωμεν τάξιν, ἥτις ἐκ πλαγίου καλεῖται καὶ εἰς *adgnatovς* καὶ *cognatovς* διαιρεῖται, ἵνα καὶ τούτου τοῦ μέρους διατυπωθέντος πανταχόθεν ὁ νόμος τέλειος εὑρεθείη.“

[22]) S. *Nou. 118. c. 1. init.* (die Worte sind oben §. 14. Amn. 6. mitgetheilt). Es wäre ein ungehöriges Pressen des Ausdruckes, wenn man wegen der Anfangsworte des *cap. 2.* „εἰ τοίνυν ὁ τελευτήσας κατιόντας μὲν μὴ καταλίποι κληρονόμους“ den Gedanken des Kaisers so auffassen wollte, „sofern die Descendenten, die zunächst berufen sind, nicht auch wirklich Erben werden, so kann nun mit Uebergehung der übrigen die Delation an die Ascendenten erfolgen.“ Das Auslassen des Zusatzes „κληρονόμους in *cap. 3. init. §. 1.* zeigt. wie **Justinian** eine derartige Prägnanz keinesweges beabsichtigte. Wegen der vierten Klasse s. *Nou. 118. c. 3. §. 1.* (die Worte §. 14. Anm. 28.)

[23]) Büchel gründet seine Ansicht hauptsächlich darauf, nach der Novelle seien nur berufen „ἀδελφοῦ ἢ ἀδελφῆς προτελευτησάντων παῖδες,“ es handle sich dabei, wie der Kaiser ausdrücklich erwähne,

Eine Wiederholung der Delation ist nur da möglich, wo die vorangegangene erfolglos geblieben ist. Die successive

---

um ein besonderes Privilegium (*προνόμιον*); fehle es an der Voraussetzung für diess Privilegium, d. h. befinde sich Vater oder Mutter der Geschwisterkinder noch am Leben im Momente der ursprünglichen Delation, so könne diesen erst in der vierten Klasse, wohin sie eigentlich gehörten, deferiert werden. — Gewiss ist es ein Privilegium, welches Justinian hier den Geschwisterkindern verleiht; daraus darf man aber noch keineswegs schliessen, dass ihnen die Stelle in der zweiten und resp. dritten Erbklasse bloss bedingungsweise gebühre. Das Privilegium besteht vielmehr in dem Vorrange der Geschwisterkinder vor anderen, gleich nahen Seitenverwandten. Dass ferner der Begriff des *προτελευτήσας* auf die Zeit der Delation zu beziehen ist, darin hat Büchel unstreitig Recht; willkürlich erscheint es dagegen, ihn auf die Zeit der ursprünglichen Delation zu beschränken, indem Justinian hier an die successive Delation offenbar gar nicht denkt, zwischen der ursprünglichen und der späteren also auch nicht unterscheidet. Demnach liegt in dem „*προτελευτησάντων*" wohl eine Bestimmung über die Successionsordnung, aber keine Bedingung für die Berechtigung der Geschwisterkinder, sich zur zweiten und resp. dritten Intestaterbklasse zu zählen. Ja, hätte Büchel hier consequent sein wollen, so hätte er mit Puchta die *successio graduum* auch für die erste Klasse läugnen müssen, denn da heisst es ebenfalls „*μετὰ τῶν υἱῶν καὶ τῶν θυγατέρων τοὺς ἐκ τοῦ προτελευτήσαντος υἱοῦ ἢ θυγατρὸς ἐγγόνους καλεῖσθαι θεσπίζομεν.*" Wie wenig aber in der Erwähnung des *προτελευτήσας* eine derartige Bedingung zu erkennen ist, ergiebt sich am besten daraus, dass sowohl Athanasius (*Nou. Iustin. Tit. IX. c. 10. Heimbach, Anecd. Tom. I.* p. 104.) als Theodorus (*Breuiar. Nou. 118. c. 6. 7. 8. 9. 10. Zachariae, Anecd. p. 118. 119.*) die Geschwisterkinder ohne Weiteres in die zweite und resp. dritte Klasse rechnen, ohne des Vorversterbens ihres *parens* nur mit einem Worte zu gedenken; erst in der *Nou. 127.* hat Athanasius (*l. l. Tit. IX. c. 12. p. 106.*) in der Rubrik des betreffenden Abschnittes und Theodorus (*l. l. Nou. 127. c. 1. p. 135.*) im Texte das *προτελευτήσαντος* beibehalten. — Und zu welchen befremdenden Consequenzen führt nun die Büchel'sche Ansicht! Darnach würden unter Umständen die Halbgeschwisterkinder den Vollgeschwisterkindern vorgehen, und beide mit den Oheimen und Tanten des Verstorbenen zusammen erben müssen. Justinian sagt nun aber *Nou. 118. c. 3. pr. i. f.* ausdrücklich „*ὁπότε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ μετὰ τῶν ἐκ πρώτου καὶ δευτέρου βαθμοῦ πρὸς τὴν κληρονομίαν καλῶνται, ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστιν, ὅτι τῶν θείων τοῦ τελευτήσαντος ἀῤῥένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς, εἴτε πρὸς μητρὸς εἴησαν, προτιμῶνται, εἰ καὶ ἐκεῖνοι τρίτου ὁμοίως συγγενείας*

Delation fällt daher weg: 1) Sobald der Delat erworben hat (*cf. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9.*)[24]). Eine Ausnahme macht jedoch der Erbschaftserwerb der *sui*, wenn diese sich des *beneficium abstinendi* (vgl. unten §. 45.) dagegen bedienen. Hier erfolgt eine neue Delation an die Nächstberechtigten, als ob Niemand Erbe geworden wäre (*L. 6. C. de legit. hered. VI. 58.*)[25]). Anders, wenn der Erbschaftserwerb nur durch eine *in integrum restitutio* rückgängig gemacht werden konnte; alsdann fällt der Nachlass als *bonum vacans* an den Fiscus (*L. 2. D. de succ. ed.*[26]). 2) Sobald das Transmissionsrecht Platz greift. Hier findet eine Succession in die ursprüngliche Delation Statt, welche

---

βαθμὸν ἔχοιεν," schliesst also jede Concurrenz der Geschwisterkinder, vollbürtiger wie halbbürtiger, mit den übrigen Collateralen unbedingt aus. Ebenso Julian in seiner Epitome „*ideoque modis omnibus auunculis uel patruis defuncti praeponuntur.*" Zwar will Büchel, a. a. O. p. 181. Anm. 1., das ὁπότε übersetzen durch „in den Fällen wo"; allein diese Uebertragung ist durchaus sprachwidrig. Vgl. überhaupt v. Vangerow, Pand. Bd. II. p. 64—66, s. auch v. Helmolt, a. a. O, p. 66—68. Noch weiter wie Büchel geht Burchardi Lehrb. d. Röm. R. §. 370. Anm. 8. 9., welcher Enkeln und Geschwisterkindern einzig dann ein Erbrecht einräumt, wenn ihre Eltern schon vor dem Erblasser verstorben waren, anderen Falls sie lediglich auf die Transmission verweist. Gegen ihn sind bloss die bisher entwickelten Argumente einfach zu widerholen.

[24]) „*Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset.*"

[25]) Vgl. noch *L. 6. §. 2. D. de bon. libert. 38. 2.*

[26]) Gegen eine abweichende Ansicht Witte's in Weiske's Rechtslexicon Bd. I. p. 867. s. unten §. 45. Von den auf einer singulären Gesetzesvorschrift ruhenden Ausnahmen des *Sc. Tertullianum* und *Orphitianum* ist schon oben §. 10. Anm. 98. 101. 116. die Rede gewesen. — Einen anderweitigen mit der obigen Regel nicht übereinstimmenden Fall bietet *L. 6. §. 3. D. de bon. lib.*, dafür ist indessen die Sachlage hier auch eine ganz andere wie bei der einfachen Intestaterbfolge. Der Patron hat ein selbständiges Recht auf das Vermögen des Freigelassenen und wird nur zu Gunsten von dessen Kindern in der Ausübung seiner Zuständnisse beschränkt. Wo daher den Kindern die Erbschaft materiell doch nicht zu Gut kommt, fehlt es an jedem inneren Grunde, den Patron auszuschliessen. Der Intestaterbe dagegen empfängt sein Recht erst mit der Delation; hat diese Erfolg, so kann der Nacherbe, dem gar nicht deferiert war, aus der *in integrum restitutio* des Vordermannes für sich keinen Anspruch auf den Nachlass ableiten. —

mithin bestehen bleibt (vgl. unten §. 47—51.). 3) Sobald die Delation an Mehrere gemeinsam ergangen ist, und nur Einzelne von ihnen ausscheiden, bedarf es eines erneuerten Angebotes nicht, indem die vacanten Erbtheile vermöge des Accrescenz-Rechtes (vgl. unten §. 52. s. auch §. 16.) den übrigen zuwachsen; mit anderen Worten: die successive Delation tritt erst ein, nachdem die ursprünglichen Delaten sämmtlich weggefallen sind. —

Dieser dritte Satz ist für den Fall sehr bestritten, dass die vergeblich Berufenen Andere ausgeschlossen haben, denen an ihrer Statt die Erbschaft angeboten sein würde, wenn sie bei der Eröffnung der Erbfolge denselben nicht mehr im Wege gestanden hätten; wenn die verbliebenen Erbberechtigten also mit beiden concurrieren konnten[27]). Man hat die darüber entsponnene Controverse dahin formuliert, was bei Collisionen vorgehe, Accrescenz-Recht oder *graduum successio*[28]). Eine Fragstellung, die durch ihre Mangelhaftigkeit[29]) wesentlich dazu beigetragen haben dürfte, dass wir der wissenschaftlichen Lösung des hier schwebenden Streites noch nicht näher gerückt sind, als in der That bisher

[27]) Die einzelnen Fälle, über welche man uneinig ist, sind demnach folgende: a. In der ersten Klasse, ob bei der Repudiation, Abstinenz, oder dem Tode von erbberechtigten Descendenten zwischen Delation und Erwerb deren Descendenten an ihrer Stelle berufen werden, oder das Accrescenz-Recht zu Gunsten der Geschwister der Wegfallenden in Wirksamkeit tritt. b. Dieselbe Frage wiederholt sich in der zweiten und dritten Klasse bezüglich der aus einer Mehrzahl von Delaten ausscheidenden Geschwister und ihrer unmittelbaren Kinder. c. Endlich entsteht der gleiche Zweifel hinsichtlich der ferneren Ascendenten, wenn die sie ausschliessenden näheren die ihnen angebotene Erbschaft nicht erwerben, wohl aber die gleichmässig neben beiden zur Erbfolge berechtigten Geschwister oder Geschwisterkinder.

[28]) Unter der diese Controverse behandelnden Litteratur ist hervorzuheben: Francke, Beitr. z. Erl. einzeln. R.-Mater. Abh. VIII. p. 167—186. Ueber die Collision des Accrescenzrechtes und der *graduum successio.* Mayer, Das Anwachsungsrecht p. 284—299. Büchel, a. a. O. p. 119—169. Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 270—289. Arndts, a. a. O. p. 695. v. Vangerow, a. a. O. p. 75—80. Helmolt, a. a. O. bes. p. 33—83.

[29]) S. auch Büchel, a, a. O. p. 87 f.

geschehen ist, indem sie verleitete, die gesuchte Antwort aus dem Begriffe von Accrescenz-Recht [30]) oder *graduum successio* [31]) heraus zu entwickeln. Das Recht vor der Novelle 118 kennt nun aber von einer und der anderen vorübergehenden und zweifelhaften Ausnahme abgesehen [32]) durchaus kein Ver-

---

[30]) Hierher dürfen wir einmal Francke rechnen, welcher a. a. O. p. 180—182. so argumentiert „das Accrescenz-Recht sei lediglich subsidiärer Natur, indem es nicht eine Begünstigung des Erben bezwecke, der seinen Theil erworben hat, sondern einzig auf der Nothwendigkeit beruhe, dass der Erblasser vollständig beerbt werde; wo dieser *iuris necessitas* anderweitig Genüge geschehe, falle daher jedes Bedürfniss nach dem Eintreten des Accrescenzrechtes fort.“ Man mag das immerhin zugeben; ob sich aber hier eine anderweitige Abhülfe finde, das ist ja eben die Frage; die ganze Deduction kehrt daher auf eine *petitio principii* zurück. Vgl. auch Mühlenbruch, a. a. O. p. 274—276. p. 282. 283. v. Vangerow, a. a. O. p. 76. 77. v. Helmolt, a. a. O. p. 45—50. In etwas anderer Weise benutzt Mayer, a. a. O. p. 295 ff. den Begriff des Accrescenzrechtes. Bei der Anwachsung werde der Hinweggefallene behandelt, wie wenn er gar nicht vorhanden gewesen wäre; unter dieser Voraussetzung aber müsse die Delation gerade an Enkel, Geschwisterkinder u. s. w. ergehen. Es bedarf kaum eines Hinweises darauf, wie die angeführte practische Regel über die Wirkung des Accrescenzrechtes (*cf. L. 5. §. 2. D. unde lib. 38. 6.* „... *atque si filius non fuisset* ...“) das Wesen desselben keinesweges erschöpft, der Schluss daraus auf die Existenz unserer *graduum successio* daher jedes soliden Fundamentes entbehrt, vgl. auch Mühlenbruch, a. a. O. p. 283. v. Helmolt, a. a. O. p. 50. 51.

[31]) Dieser Vorwurf dürfte namentlich Witte, im Rechtslex. Bd. I. p. 279—281. und Sintenis, Civ.-R. §. 163. Anm. 10. treffen, welche aus der Allgemeinheit der *graduum successio* auf das Stattfinden der successiven Delation in dem gegenwärtigen Falle argumentieren. Hiernach soll die *graduum successio* überhaupt beruhen auf dem Principe der eventuellen Delation an Entferntere, denen vorläufig im Grade Nähere vorgehen. Darnach würde dann freilich die successive Delation überall da eintreten müssen, wo sie an sich denkbar erscheint. Es liegt indessen auf der Hand, dass in der Aufstellung eines solchen Princips eine arge *petitio principii* begangen wird, s. v. Helmolt, a. a. O. p. 81—83.

[32]) War ein *frater consanguineus* in Concurrenz mit Schwestern zur Erbschaft des Verstorbenen gesetzlich berufen, lehnte aber ab, so konnte die Frage entstehen, ob nun die Mutter des Erblassers neben den Schwestern *ex Sc. Tertulliano* erben dürfe. Wie diese Frage entschieden sei, darüber lassen unsere Quellen uns im Dunkeln, vgl. die folg. Anm. Wo möglich noch geringer ist unsere Kenntniss bezüglich eines zweiten

hältniss, welches dem hier vorliegenden irgend zu vergleichen wäre[33]); namentlich unterscheidet sich die prätorische *graduum*

Falles. Bei der Beerbung der mütterlichen Grosseltern und der väterlichen Grossmutter konnten nach *L. 4. C. Th. de legit. hered.* die Enkel ebenso gut mit den Agnaten als mit den Kindern des Erblassers oder der Erblasserin zusammentreffen. Wie nun, wenn letztere ablehnten, sollen da die Agnaten an ihrer Statt mit den Enkeln geerbt haben?

[33]) In dem *ordo unde liberi* war jede successive Delation unmöglich, indem ausschliesslich der Moment der eröffneten Intestaterbfolge für die Qualität der *liberi* massgebend wird, s. oben §. 10. p. 140 ff., vgl. auch *L. 4. §. 1. D. de B. P. C. T. 37. 4.;* ebenso wenig gab es eine successive Delation in dem *ordo unde legitimi* vermöge des Satzes „*in legitimis hereditatibus successio non est.*" s. oben Anm. 13. In dem *ordo unde proximi cognati* fand sie zwar Statt, aber der nähere Grad schloss den entfernteren aus; so lange also noch einer der ursprünglichen Delaten vorhanden war, gieng er aus diesem Grunde schon allen übrigen Cognaten vor. — Francke, a. a. O. p. 182 ff., meint zwar, in *L. 2. §. 18. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.* einen Fall gefunden zu haben, der nicht nur dem in Rede stehenden völlig entspreche, sondern auch den Vorzug der *graduum successio* vor dem Accrescenzrechte direct beweise. Allein wie bereits oben §. 10. Anm. 100. dargethan wurde, ist die Delation an die Mutter hier durch den Erbantritt der *soror consanguinea* bedingt; ehe diese Bedingung sich erfüllt, kann darum von einem Accrescenzrechte, welches zu Gunsten der Mutter wirksam würde, keine Rede sein. Es ist ihr eben noch nicht deferiert, und schlägt die Schwester aus, so unterbleibt die Delation aus dem Senatsschlusse gänzlich, s. auch Büchel, a. a. O. p. 146 ff. Mühlenbruch, a. a. O. p. 285 ff. v. Vangerow, a. a. O. p. 77 f. v. Helmolt, a. a. O. p. 54. Man hat auch *L. 2. §. 14. D. eod.* als Belagstelle hierher ziehen wollen, s. z. B. v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Bd. III. p. 207. Anm. *r.* Witte, a. a. O. p. 278. Dass es sich dabei immer nur um eine ganz specielle gesetzliche Vorschrift, nicht um ein allgemeines Princip handeln würde, hat schon Büchel, a. a. O. p. 150., hervorgehoben. Allein selbst das, was Büchel zugiebt, muss stark bezweifelt werden, dass nämlich, wenn einem *frater* und einer *soror consanguinea* die *legitima hereditas* angeboten war, und jener ablehnt, die Mutter *ex Sc. Tertulliano* mit der letzteren zusammen erben könne. Unser Fragment enthält keine Sylbe davon (vgl. darüber oben §. 10. Anm. 96a.). In den Schlussworten wird vielmehr, wie das „*nec in partem eorum*" zeigt, angenommen, der Sohn sei wirklich Erbe geworden, oder mindestens, er habe noch nicht ausgeschlagen. Die erste Hälfte des Paragraphen bietet aber bloss jenen eigenthümlichen Rechtssatz des *Sc. Tertullianum,* welcher selbst im Falle der *in integrum restitutio* gegen den Erbantritt die Nächstberechtigten ruft, also viel weiter greift, als irgend eine Art der successiven Delation.

successio sehr wesentlich von der, welche unsere Frage voraussetzt[34]); aus jener darf man daher nichts für diese deducieren, deren Existenz vor allen Dingen erst erwiesen werden muss[35]). Die Möglichkeit derselben werden wir freilich nicht in Abrede stellen können[36]). Denn darin, dass eine einzelne Erbportion,

[34]) Schon der Ausgangspunkt liegt bei beiden völlig auseinander. Dem Prätor kam es bei seinem *edictum successorium* vornehmlich darauf an, dass der Nachlass nicht erblos ruhen bleibe. *L. 1. pr. D. de succ. ed. 38. 9. al.* Hier würde es sich darum handeln, das subjective Recht einer bestimmten noch nicht berufenen Person gegen den Verlust durch allerlei äussere Zufälligkeiten zu sichern. Und in der That dürfte gerade diese persönliche Rücksichtsnahme bei weitem die Meisten derer bestimmt haben, welche der *successio graduum* vor dem Accrescenzrechte den Vorzug geben. Das Interesse der hinter dem ursprünglichen Delaten nächstberechtigten Verwandten ist indessen regelmässig schon in anderer Weise durch das Transmissionsrecht ausreichend gewahrt, vgl. v. Helmolt, a. a. O. p. 95 ff.

[35]) Diesen Beweis lässt auch der neueste Vertheidiger der gegnerischen Ansicht Brinz, Pand. p. 808. 809., gar sehr vermissen. Man müsse, meint er, die ausgefallene Portion dem Nächsten zusprechen „und je nachdem diess ein schon vordem Berufener oder ein vordem noch nicht Berufener ist, Accrescenz oder eine neue Berufung eintreten lassen; denn an das Dogma, dass man durch Delation der Erbschaft einen Anspruch auf das Ganze erhält, der nur durch den gleichen Anspruch des Miterben beschränkt wird, und also beim Wegfallen desselben in volle Kraft tritt, mithin Accrescenz stets vorgehen müsse, können wir nicht glauben“.... „wer aber nunmehr der Nächste sei, muss nach derselben Ordnung entschieden werden, nach welcher es sich entscheidet, wer Angesichts der ersten Berufung der Nächste sei; denn eine andere Ordnung ist nicht da. Von selbst aber versteht sich, dass bei der Bemessung, wer nunmehr der Nächste, von den ausgefallenen ersten Delaten Umgang zu nehmen ist, wie wenn er von vorn herein nicht dagewesen wäre, sowie dass zu der ausgefallenen Portion auch jetzt Niemand näher sein kann, als wem dieselbe gleich bei der ersten Berufung angefallen sein würde, wenn der Ausgefallene nicht da gewesen wäre.“ Diess ganze Raisonnement ist nichts als die nackte Verneinung des Satzes, dass die Delation einen eventuellen (obgleich nicht absoluten) Anspruch auf das Ganze giebt. Consequent hätte Brinz, wenn er auf seine Frage nach dem Nächsten die Antwort erhält, an Stelle des Weggefallenen sei kein den übrigen gleichberechtigter Nacherbe zu finden, nun auch zu Gunsten der verbliebenen Delaten nicht das Accrescenz-Recht, sondern eine neue Delation des vacanten Erbtheiles eintreten lassen müssen.

[36]) S. besonders Büchel, a. a. O. p. 119—128. Deshalb erscheint mir der Beweis v. Vangerow's, a. a. O., der nur aus der Natur des

welche zunächst einem Anderen offeriert wurde, wenn dieser sie nicht erwirbt, sofort einem Dritten angeboten wird, liegt nichts, was mit den allgemeinen Grundprincipien des Erbrechtes in Widerspruch stände. Eben das geschieht bei jeder Vulgarsubstitution für einen von mehreren Miterben. Da jedoch ein solches Nachrücken in einen einzelnen vacanten Erbtheil dem früheren Intestaterbrechte völlig unbekannt war, so hätte es einer besonderen Vorschrift bedurft, um diese neue Art von *graduum successio* einzuführen. Die Novelle aber enthält nun nicht bloss nichts darüber, sondern sie deutet eher das Gegentheil davon an, indem sie Enkel und Geschwisterkinder nur *in locum praedefuncti*, d. h. an Stelle des vor der Delation[37]) weggefallenen *parens* beruft. Indessen

---

Accrescenzrechtes argumentiert, wie die Deduction v. Savigny's (System Bd. VIII. p. 484—488., vgl. auch Rosshirt, a. a. O. p. 412. Anm.) aus dem Satze, dass für die Beurtheilung der Erbverhältnisse der Moment der Delation entscheidend sei, unvollständig; man muss hinzunehmen, dass das Gesetz davon hier keine Abweichung verordne; dass es, um diess zu thun, ganz neue, über die bisherigen weit hinausgehende Rechtsnormen hätte aufstellen müssen, und für eine derartige Umänderung des früheren Rechtszustandes kein directes Quellenzeugniss zu finden ist.

[37]) Dass der Ausdruck *προτελευτήσας* nicht etwa auf den Augenblick der Erbantretung, sondern auf den der Delation zu beziehen ist, hat Büchel, a. a. O. p. 134—139., gründlich dargethan. Einmal nämlich sagt Justinian in *Nou. 118. c. 1.*, das von ihm angeordnete Nachrücken der ferneren in die Stelle der näheren Descendenten habe die Vorzeit mit dem Namen *successio in stirpes* belegt. Ehemals konnten nun aber sowohl bei der civilen Erbfolge der *sui*, als auch vermöge der *b. p. unde liberi* bloss die Kinder von solchen Descendenten zur Erbschaft gelangen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers, oder mindestens im Momente der Delation nicht mehr vorhanden waren, vgl. oben §. 10. Anm. 20. 69. und in diesem Paragraphen Anm. 33. Ferner referiert *Nou. 127. pr.* den Inhalt der in *Nou. 118.* bezüglich der Geschwisterkinder getroffenen Bestimmungen ausdrücklich dahin „*εἴ τις τελευτήσοι καταλιπὼν ἀδελφοὺς καὶ παῖδας ἑτέρου προτελευτήσαντος ἀδελφοῦ*“ und beginnt in *c. 1.* die neue Verordnung mit den Worten „*εἴ τις τελευτήσας καταλείψει τῶν ἀνιόντων τινὰ . . . . καὶ ἑτέρου ἀδελφοῦ προτελευτήσαντος παῖδας.*“ Sonach erklärt der Kaiser selbst, dass er auch in der zweiten Klasse unter dem *προτελευτήσας* den vor dem Tode des Erblassers Verstorbenen verstehe. — Die Unterscheidung, welche *Voet*, *Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 3.* und *Koch*,

darf man auf diess letzte Argument kein übermässiges Gewicht legen, da Justinian offenbar hier überhaupt nicht an die successive Delation denkt. Entscheidend ist jedoch das Stillschweigen der Novelle; es fehlt an jedem positiven Grunde[38]) für die Annahme einer *graduum successio* in dem beregten Sinne. —

Es versteht sich von selbst, dass in dem Augenblicke der successiven Delation alle Voraussetzungen der Erbfähigkeit in der Person des Nacherben vorhanden sein müssen; umgekehrt genügt es jedoch, wenn sie wenigstens jetzt begründet sind, mochte es gleich zur Zeit der ursprünglichen Delation daran gefehlt haben[39]). Im älteren Rechte erlitt diess insofern eine Beschränkung, als die Coëxistenz von Erbe und Erblasser unumgängliches Erforderniss für die Annahme einer zur erbrechtlichen Succession qualificierenden

---

Success. ab int. §. *102.* zwischen dem Falle der Repudiation und dem des unfreiwilligen Ausscheidens des ursprünglichen Delaten machen, dergestalt, dass nur im letzteren die *successio graduum*, im ersteren aber das Accrescenzrecht vorgehe, die *successio graduum* erst subsidiär eintrete, ist lediglich eine ganz unmotivierte Folgerung aus dem Worte Repräsentationsrecht. Natürlich konnte diese Theorie von ihren Urhebern nicht über die ferneren Descendenten und die Geschwisterkinder ausgedehnt werden, indem zwischen den in der zweiten Klasse erbenden Ascendenten kein Repräsentationsrecht statuiert wurde.

[38]) Deshalb ist mit der Entscheidung der Frage, welche der streitenden Parteien die Beweislast treffe, auch die ganze Controverse entschieden. — Uebrigens geht Brinz, a. a. O., darin zu weit, dass er behauptet, die Mehrzahl der heutigen Juristen neige sich mehr und mehr der Ansicht zu, welche die *successio graduum* vor dem Accrescenzrechte bevorzuge. Dawider zeugen die zahlreichen Citate bei Vangerow, a. a. O. p. 79. 80., denen ausser den schon oben genannten Helmolt und Savigny noch beizufügen sind Vering, a. a. O. p. 665. und v. Holzschuher, Theorie u. Casuist. Bd. II. p. 572—574. Der letztere bekundet auch die Uebereinstimmung der Praxis mit der hier vertheidigten Auffassung. Weitere Beläge für die Gestaltung des einheimischen Gerichtsgebrauches ausfindig zu machen, ist mir aller Mühe unerachtet nicht gelungen. Die Sammlungen von Präjudicien berücksichtigen erklärlicher Weise nur die derzeit besonders besprochenen Streitfragen, und die unsere hat erst in neuerer Zeit eine grössere Aufmerksamkeit erregt. —

[39]) Vgl. oben §. 4. Anm. 53 ff.

Verwandtschaft unter ihnen war[40]). Zweifelhaft erscheint es, ob noch das neuere Recht an dieser Bedingung der Coëxistenz festgehalten habe[41]).

Die successive Delation wiederholt sich so oft, als die vorangegangene erfolglos bleibt, und noch Nachberechtigte aufzufinden sind.

§. 16. Erbtheile[1]).

Sind mehrere Personen zu einer Erbschaft berufen, so findet eine Theilung derselben unter ihnen Statt[2]). In der Regel muss diese Theilung gleichmässig, d. h. eine Kopftheilung[3]) (*successio in capita*)[4]) sein, indem alle

[40]) S. oben §. 4. Anm. 2. §. 10. Anm. 157.

[41]) Davon war oben §. 10. Anm. 157. bereits die Rede. Auch scheint die Praxis von dieser Voraussetzung des Erbrechtes abzusehen, vgl. *Richter, De succ. ab int. I. 1. §. 8. Voet, Comm. in Pand. Lib. 38. Tit. 17. §. 6.* Seuffert, Arch. Bd. VIII. N. 63.

[1]) Vgl. Glück, a. a. O. §. 34—41. p. 122—147. §. 59. p. 210-212. §. 65. p. 223. 224. §. 95. p. 354—357. §. 100. p. 371. §. 160. 161. p. 611—616. §. 169—186. p. 644—704. §. 188—191. p. 709—717. §. 193. p. 721—725. Rosshirt, a. a. O. p. 307—310. p. 312—317. p. 324. 325. 336—345. p. 353—364. p. 376. Hunger, a. a. O. §. 126. p. 412—414. §. 128. p. 418—421. Mayer, a. a. O. §. 64. p. 162—164. §. 79. p. 187. 188. Arndts, a. a. O. p. 670. 672. 684. 690—693.

[2]) Vgl. *Paull. R. S. IV. 8. §. 17. = Coll. XVI. 3. §. 17.* „... *agnatis defertur hereditas ... quodsi plures eodem gradu consistunt, simul admittuntur*“ *§. 5. I. de legit. agn. succ. III. 2.* „*tamen dubium non est, quin et, si plures sint eiusdem gradus, omnes admittantur.*“ *L. 1. §. 10. D. unde cogn. 38. 8. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem, ut, qui sunt primo gradu, omnes simul admittantur.*“

[3]) Unsere Quellen beschreiben dieselbe in der mannigfachsten Weise *Gai. III. §. 16.* „*quotquot erunt ..... personae, in tot portiones hereditas diuidetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.*“ *Vlp. XXVI. §. 4.* „*quotquot sunt .... personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant.*“ *Paull. R. S. IV. 8. §. 19* „*... ut pro numero singulorum uiritim distribuatur hereditas.*“ Dasselbe sagt die Deutsche Rechtsparömie „So viel Mund, so viel Pfund.“

[4]) Das Substantiv „*successio in capita*“ dürfte kaum als quellenmässiger Ausdruck anzusehen sein; *succedere in capita* findet sich allerdings, *Gai. epit. II. 8. §. 6.*, ebenso „*succedere pro uirilibus portionibus*“ *L. 2. C. de legit. hered. VI. 55.*, sonst heisst es „*hereditas diuiditur in*

dabei concurrierenden Personen vermöge ihrer durchaus gleichen Lage auch gleiche Ansprüche machen dürfen. So haben die unmittelbaren Kinder Virilportionen zu fordern (*L. 11. C. fam. erc. III. 36. L. 1. C. unde lib. VI. 14.*); so war es ferner bei der agnatischen Erbfolge des älteren Civilrechtes [5]), der *bon. poss. unde legitimi* und *unde cognati* [6]). Doch tritt von dieser Art der Theilung, ohne dass das ihr zu Grunde liegende Princip völlig aufgegeben wurde, für manche Fälle insofern eine Abweichung ein, als entweder gewisse Erbberechtigte eine bestimmte und feste Quote der Erbschaft für sich vorweg nehmen, und der darnach verbleibende Rest auf die Uebrigen, so viel ihrer sind, zerlegt wird, oder von der veränderlichen, nach der Kopfzahl der Berufenen auszumittelnden Erbportion der Eine einen Bruchtheil an die Anderen abzugeben hat. — Jenes geschieht nach dem *Sc. Tertullianum*, wo die Mutter die eine, die mit ihr erbenden agnatischen Schwestern des Verstorbenen die andere Hälfte des Nachlasses empfangen [7]); nach den diesen Senatsschluss später erweiternden Kaiserconstitutionen konnte unter Umständen auch eine Drittelung des Erbvermögens zwischen der Mutter und den sonstigen Verwandten des Erblassers Platz greifen [8]). Hierher gehört ferner das den *liberi naturales* aus der Verlassenschaft ihres natürlichen Vaters zustehende Sechstel [9]), sowie die Quart der armen Wittwe [10]). Ein

---

capita" §. *4. I. de legit. agn. succ. III. 2. Gai. III.* §. *16. Vlp. XXVI.* §. *4.; successio dividitur in capita. L. 15.* §. *3. C. de legit. hered. VI. 58.; hereditas distribuitur in cap. Paull. Rec. sent. IV. 8.* §. *19. hereditas defertur in cap. L. 2.* §. *2. D. de suis et legit. 38. 16.* und Aehnliches.

[5]) *Gai. III.* §. *16. Vlp. XXVI.* §. *4. Paull. R. S. IV. 8.* §. *19.* §. *4. I. de legit. agn. succ. L. 15.* §. *3. C. de legit. hered. VI. 58.*

[6]) Wir besitzen gar nicht einmal eine Stelle in unseren Rechtsquellen, welche den Theilungsmodus für die *b. p. unde cognati* ausdrücklich angiebt, so sehr versteht sich bei dem „*simul admitti*" die Gleichheit der Erbportionen von selbst. Nur für einen einzelnen, aber freilich höchst lehrreichen Fall ist die Kopftheilung geradezu bezeugt in *L. 3. C. unde legit. VI. 15.*

[7]) Vgl. oben §. 10. p. 157.

[8]) Vgl. oben §. 10. p. 159 ff.

[9]) Vgl. oben §. 12. p. 220 f.

[10]) Vgl. oben §. 13. p. 233 ff.

Beispiel für den zweiten, oben geschilderten Theilungsmodus liefert die Succession agnatischer neben *capite* deminuierten Geschwistern, welche ohne den Vorbehalt ihrer legitimen Erbrechte aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden sind, in die Erbschaft ihres in der alten Familie verbliebenen Bruders oder ihrer Schwester nach der Verordnung des Kaisers Anastasius [11]).

Auf einer ganz anderen Grundlage beruht dagegen die sogenannte Stammtheilung (*successio in stirpes*) [12]). Hier werden nämlich mehrere Personen zusammen auf einen Erbtheil angewiesen, weil sie überhaupt nur an Stelle eines vorher Weggefallenen berufen sind, und es billig erschien, ihnen nicht mehr, aber auch nicht weniger zuzuwenden, als derjenige erhalten haben würde, an dessen Statt sie zur Erbschaft gelangen [13]). Es sind diess die Fälle des schon früher besprochenen Repräsentationsrechtes, welches sonach nicht allein hinsichtlich des Ortes, an welchem, sondern auch hinsichtlich des Theiles, zu welchem die Betreffenden erben sollen, bedeutsam ist. — Die Gesetzgebung der zwölf Tafeln hat offenbar diese Art der Theilung nicht vorgeschrieben. Sie verdankt ihre Entstehung erst der *interpretatio pruden-*

---

[11]) Vgl. oben §. 10. p. 167 ff.

[12]) Vgl. *Nou. 118. c. 1.* „. . . *ἥντινα διαδοχὴν in stirpes ἡ ἀρχαιότης ἐκάλεσεν,*“ „*ex stirpibus succedere*“ nennt diese Art der Erbtheilung *L. 2. C. de suis et legit. hered. VI. 55.*; „*in stirpes succedere*“ hat der Westgothische Gaius *Lib. II. Tit. 8. §. 6.* Ausserdem findet sich „*hereditas diuiditur in stirpes*“ *Gai. III. §. 8. 16. Vlp. XXVI. §. 2. al.;* „*ad stirpes hereditas diuiditur.*“ *§. 4. I. de legit. agn. succ. III. 2.; in stirpem h. d. Gai. epit. II. 8. §. 2. 6.; in stirpem διαιρεῖσθαι τὴν τοῦ τελευτήσαντος περιουσίαν*“ *Theoph. Paraphr. III. 1. §. 6. p. 522. ed. Reitz;* „*in stirpem (ἤγουν κατὰ σειρὰν) καλοῦνται*“ *κ. τ. λ. ibid. §. 16. p. 535.*

[13]) *Gai. III. §. 7.* „. . . *aequum enim uidebatur, nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere.*“ *§. 8.* „*et quia placebat, nepotes neptesue item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est, non in capita, sed in stirpes hereditates diuidi.*“ *Vlp. XXVI. §. 2. Aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere, et eam partem habere, quam pater eorum, si uiueret, habiturus esset.*“ *cf. §. 6. I. de hered. q. ab int. III. 1. Paull. R. S. IV. 8. §. 9.*

tium [14]), welche, sobald fernere Descendenten in der Klasse der *sui* erbten, durchweg *successio in stirpes* annahm, mochten Abkömmlinge verschiedenen Grades mit einander concurrieren [15]), oder Gradesgleiche die Erbschaft ausschliesslich unter sich zu theilen haben [16]). Ja wir dürfen selbst da noch von Stammtheilung reden, wo aus jedem Stamme gleichviel Gradesgleiche oder solche bloss aus einem einzigen Stamme vorhanden sind. Denn obwohl es im practischen Resultate meistens ganz auf dasselbe herauskommen wird, ob wir hier eine *successio in capita* oder *in stirpes* unterstellen [17]), so kann es unter aussergewöhnlichen Umständen, und wir haben deren bereits kennen gelernt [18]), doch einen wesentlichen

[14]) Diess ergiebt sich zum Theil schon aus der Ausdrucksweise der eben citierten Quellenstücke, zum Theil aus dem oben §. 10. Anm. 5. geführten Nachweise, dass überhaupt die Enkel u. s. w. neben Kindern nur auf Grund des Gewohnheits- oder Juristenrechtes zur Erbfolge zugelassen wurden, endlich aus dem Schwanken, bis zu welchem Umfange man die *successio in stirpes* durchführen solle, vgl. unten Anm. 22. und überhaupt Puchta, Inst. Bd. III. §. 304. p. 219.

[15]) *Gai. III.* §. *8.* nach den oben Anm. 13. mitgetheilten Worten „*ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat, et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam*“ ... *Vlp. XXVI.* §. *2.* *Si defuncti unus sit filius, ex altero filio mortuo item nepos unus, uel etiam plures .... ut filius solus mediam partem habeat, et nepotes, quotquot sunt, alteram dimidiam*“ ... *Paull. R. S. IV. 8.* §. *9.* „*Filius si cum nepotibus ex alio filio susceptis in familia retinetur ... hereditas in stirpes .... diuiditur, ita ut unus filius et plures nepotes singulos semisses habeant.*“ *al.*

[16]) *Gai. l. l.* „*Item si ex duobus filiis nepotes exstent, et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat, et ad tres aut quatuor altera dimidia*“ *Paull. IV. 8.* §. *9.* „*Idemque euenit, si auo ex duobus filiis impari numero nepotes successerint.*“ *L. 2. C. de suis et legit. VI. 55. Nepotes ex diuersis filiis uarii numeri auo succedentes ab intestato non pro uirilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt.*“ *cf.* §. *6. 16. I. de hered. q. ab int. III. 1. L. 8.* §. *8. D. de inoff. 5. 2.*

[17]) Wegen des gleichen practischen Resultates schliessen unsere Quellen den Eintritt der Stammtheilung stillschweigend aus, wo aus allen Stämmen gleichviel Concurrenten sind, s. namentlich die in der vorigen Anmerkung angeführten Stellen aus Paullus und dem Codex.

[18]) Oben §. 13. Anm. 12. Vgl. noch *Süptitz, De nepotibus ex filio unico auo non in capita, sed in stirpes succedentibus. Helmst. 1806.*

Unterschied machen, ob wir die Theilung als Kopf- oder Stamm-Theilung betrachten. Die letztere wird übrigens bei einer und derselben Erbschaft so oft wiederholt, als die einzelnen Stämme sich wieder in andere zerspalten[19]). Wie der Prätor mit der *b. p. unde liberi* sich überhaupt an das civile Erbrecht der *sui* anlehnte, so geschah diess auch hinsichtlich der Art der Theilung[20]), und ebenso gewann die *successio in stirpes* für das sich allmälig ausbildende Erbrecht der Descendenten Geltung[21]). Dagegen schlug der Versuch

[19]) Denn die Repräsentation findet hier unbeschränkt durch alle Grade der Descendenz Statt; wenigstens für die *pronepotes* wird unsere Behauptung, die jetzt allgemein anerkannt ist, direct bezeugt durch *Gai. III. §. 8.* (Anm. 13.) = *Coll. XVI. 2. §. 8.* = *§. 6. I. de hered. q. ab int.*, obschon man früher gerade wegen dieser Stelle in ganz verkehrter Weise die *successio in stirpes* nicht über die Urenkel hat ausdehnen wollen, vgl. Glück, a. a. O. p. 128. 129. *Stryk. Succ. ab int. I. 2. §. 34.* und bezüglich des Justinianischen Rechtes, s. noch *§. ult. I. de hered. q. ab int.*

[20]) Vgl. *L. 11. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 7. D. de coll. bon. 37. 6. L. 1. §. 11. 12. 15. D. de coniung. cum em. lib. 37. 8. al.* Es versteht sich von selbst, dass es eben so gehalten werden musste, wenn die *sui* die *b. p. unde lib.* versäumten und die *unde legitimi* agnoscierten; denn wenn hier gleich sonst nach Köpfen getheilt wurde, so sollte doch in dieser Klasse ein Jeder sein gesetzliches Erbrecht geltend machen dürfen, und diess bestand für die *sui* in der *successio in stirpes*, vgl. auch Mayer, Erbr. §. 64. Anm. 5. p. 163. Dagegen dürfen wir keine Stammtheilung annehmen, wenn *sui* und *emancipati* erst mittelst der *b. p. unde cognati* zur Erbschaft gelangten; denn die blosse Descendentenqualität giebt in diesem *ordo* keinen Anspruch auf *successio in stirpes*, wie *L. 3. C. unde leg. et unde cogn. VI. 15.* deutlich zeigt, und vielleicht ist es nicht zu viel gewagt, das *etiam* in dieser Stelle gerade auf die *unde cognati* erbenden *liberi* zu beziehen. Eine Modification dieser Grundsätze wird für die Erbfolge der Klasse *unde liberi* noch bewirkt durch das *edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius* (vgl. oben §. 10. p. 146.). Die in der Gewalt des Erblassers verbliebenen ferneren Descendenten theilen mit ihrem aus derselben emancipierten *parens*, derselbe sei der Sohn oder Enkel des Verstorbenen (*L. 1. §. 17. D. de coniung. c. em. 37. 8.*), die nach den gewöhnlichen Regeln auf denselben fallende Portion dergestalt, dass er die eine, die Kinder die andere Hälfte davon empfangen (*L. 1. §. 11. D. eod.*), welche, wo nöthig, wieder nach dem Principe der Stammtheilung unter ihnen zerlegt wird (*L. 1. §. 7. 15. D. eod.*).

[21]) Schon in dem ersten Gesetze, welches in dieser Richtung ergieng, der *L. 4. C. Th. de legit. hered. V. 1.* (s. oben §. 10. p. 165 ff.) ist die

fehl, sie sogar auf die agnatische Erbfolge, wo es an sich möglich erschien, wie unter Geschwisterkindern, zu übertragen[22]); erst durch die Novelle 118. ist auch für diesen Fall die Stammtheilung vorgeschrieben worden. — Endlich finden wir dieselben Modificationen, deren wir oben bei der *successio in capita* gedachten, hier wieder[23]). —

Der dritte Theilungsmodus, die sogenannte Linealtheilung (*successio in lineas*),[24]) ist erst durch Justinian aufgebracht; wo eine Erbschaft den mittelbaren Ascendenten des Verstorbenen ohne Concurrenz von Seitenverwandten zufällt, empfangen die väterlichen die eine, die mütterlichen Ascendenten die andere Hälfte, wie viel ihrer immer von diesen oder jenen existieren mögen. Vorausgesetzt wird dabei natürlich, dass sie alle dem Erblasser gleich nahe verwandt sind, da hier bekanntlich der nähere Grad den

---

successio in stirpes als massgebend anerkannt, vgl. §. *16. I. de hered. q. ab int. III. 1.* und dazu Schrader, *Comm. in Inst. ad h. l. p. 425. uerb. „nunc sancimus, ita tamen.“ Nou. 18. c. 4. pr.*

[22]) *Gai. III. §. 16. „Quod si defuncti nullus frater exstet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus uel duo, ex altero tres uel quatuor, utrum in stirpes diuidenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita; iam dudum tamen placuit in capita diuidendam esse hereditatem . . .“ cf. Vlp. XXVI. §. 4. Paull. IV. 8. §. 19. Gai. epit. II. 8. §. 6.; §. 4. I. de legit. agn. succ. III. 2. L. 15. §. 3. C. de legit. hered, VI. 58.*

[23]) Das Erbrecht der Enkel in das Vermögen der mütterlichen Grosseltern und der väterlichen Grossmutter nach *L. 4. C. Th. de legit. hered. V. 1.* (s. oben §. 10. p. 165 ff.) liefert uns Beispiele für Beides. Concurrieren hier die Enkel mit Descendenten ersten Grades, so findet *successio in stirpes* Statt, aber von den auf die gedachten Enkel fallenden Stammtheilen erhalten die Kinder noch ein Drittel für sich zum Voraus. Sind keine Kinder, sondern bloss anderweitige Agnaten des Verstorbenen vorhanden, so empfangen diese ein Viertel der Erbschaft; die übrigen drei Viertel theilen die Enkel stammesweise unter sich. Ein Analogon für den letzten Modus bietet im Justinianischen Rechte das Zusammentreffen der armen Wittwe oder der *liberi naturales* mit Geschwistern und Geschwisterkindern des Erblassers.

[24]) Diese Bezeichnung entbehrt jeder quellenmässigen Autorität. Die *Nou. 118.* beschreibt die Theilungsart einfach, ohne ihr einen eigenen Namen beizulegen.

entfernteren unbedingt ausschliesst. Diese Linealtheilung wird jedoch bei der einzelnen Erbschaft nur einmal angewendet; innerhalb der Linie wird nicht wieder nach Linien, sondern nach Köpfen geerbt[25]).

Für das neueste Recht ergeben sich nun folgende Regeln über die Vertheilung der Erbschaft innerhalb der verschiedenen Klassen. 1) In der ersten Klasse erben die Kinder nach Köpfen, sobald jedoch mit ihnen noch entferntere Descendenten concurrieren, oder letztere allein zur Succession berufen sind, wird nach Stämmen getheilt[26]). 2) In der zweiten Klasse gilt, a) wo lediglich Ascendenten in Betracht kommen, unter väterlichen und mütterlichen

---

[25]) Diess erscheint freilich nicht ganz consequent. Daher vertheidigen in der That manche ältere wie neuere Juristen, und unter letzteren namentlich Schrader, Abhdlg. a. d. Civ.-R. p. 186. 191. (vgl. Glück, a. a. O. p. 648. Anm. 44.) die gegentheilige Ansicht. Entscheidend sind hier indessen die Worte der *Nou. 118. c. 2.* „*Εἰ δὲ τὸν αὐτὸν ἔχουσι βαθμόν, ἐξ ἴσης εἰς αὐτοὺς ἡ κληρονομία διαιρεθήσεται, ὥςτε τὸ μὲν ἥμισυ λαμβάνειν πάντας τοὺς πρὸς πατρὸς ἀνιόντας, ὅσοι δήποτε ἂν ὦσι, τὸ δὲ ὑπόλοιπον ἥμισυ τοὺς πρὸς μητρὸς ἀνιόντας, ὅσους δήποτε ἂν αὐτοὺς εὑρεθῆναι συμβαίη.*“ Justinian denkt offenbar nicht bloss an Eltern oder Grosseltern, der ganz allgemein gefasste Ausdruck zeigt, dass er auch die ferneren Ascendenten nicht vergessen hat; und doch erwähnt er mit keiner Silbe, dass die Linealtheilung wiederholt werden solle. Demnach sind wir nicht berechtigt, eine *subdiuisio in lineas* durchzuführen, vgl. Rosshirt, a. a. O. p. 315—317. Arndts im Rechtslex. a. a. O. p. 691. v. Holzschuher, a. a. O. p. 561. 562. v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 416. Anm. 2. p. 66. u. A. m. Dass die Praxis sich anders gestaltet habe, ist nicht nachzuweisen, ja wohl kaum behauptet; und so hat auch Hermann, a. a. O. p. 218. 219., der für die *successio in lineas* unter Grosseltern einen Leipziger Schöffenspruch von 1634 allegiert, doch für die abermalige Linealtheilung unter Urgrosseltern, der er mit Stryk's Worten beistimmt, kein Präjudiz beibringen können. —

[26]) *Nou. 118. c. 1.* „. . . *οὕτω μέντοι γε, ὥστε εἴ τινα τούτων τῶν κατιόντων παῖδας καταλιπόντα τελευτῆσαι συμβαίη, τοὺς ἐκείνου υἱοὺς ἢ θυγατέρας ἢ τοὺς ἄλλους κατιόντας εἰς τὸν τοῦ ἰδίου γονέως τόπον ὑπεισιέναι . . . . . τοσοῦτον ἐκ τῆς κληρονομίας τοῦ τελευτήσαντος λαμβάνοντας μέρος, ὅσοι δήποτε ἂν ὦσιν, ὅσον ὁ αὐτῶν γονεύς, εἰ περιῆν, ἐκομίζετο, ἥντινα διαδοχὴν in stirpes ἡ ἀρχαιότης ἐκάλεσεν.*“ Vgl. hierzu noch oben §. 14. Anm. 10.

Ascendenten höherer Grade Lineal-, sonst Kopf-Theilung[27]); eben diese findet Statt, b) wo Vollgeschwistern ausschliesslich oder neben Ascendenten deferiert ist[28]). Treten aber c) zu den Vollgeschwistern noch Geschwisterkinder hinzu, mögen ausserdem auch Ascendenten vorhanden sein oder nicht; ferner succedieren Geschwisterkinder nur mit Ascendenten, so erhalten sie beide Male Stammportionen; also immer die Abkömmlinge eines der vorverstorbenen Geschwister zusammen so viel, wie jedes der noch lebenden und resp. jeder Ascendent für sich allein empfängt[29]). Wo endlich d) bloss Geschwisterkindern

---

[27]) Die betreffenden Worte der *Nou. 118.*, s. oben Anm. 25. Siehe noch das Responsum der Leipziger Schöffen v. 1634 bei Hermann, a. a. O. p. 218.

[28]) *Nou. 118. c. 2.* „*Εἰ δὲ μετὰ τῶν ἀνιόντων εὑρεθῶσιν ἀδελφοὶ ἢ ἀδελφαὶ ἐξ ἑκατέρων γονέων συναπτόμενοι τῷ τελευτήσαντι, μετὰ τῶν ἐγγυτέρων τῷ βαθμῷ ἀνιόντων κληθήσονται . . . διαιρουμένης εἰς αὐτοὺς δηλαδὴ τῆς κληρονομίας κατὰ τὸν τῶν προσώπων ἀριθμόν, ἵνα καὶ τῶν ἀνιόντων καὶ τῶν ἀδελφῶν ἕκαστος ἴσην ἔχοι μοῖραν.*“ Den Grund, weshalb der Kaiser in diesem Falle einfach Kopftheilung vorschreibt, erblickt Schrader, Abhdlg. a. d. Civ.-R. p. 184 ff. darin, dass keines der Geschwister mehr habe erhalten sollen, als einer der Ascendenten, und meint nun, dasselbe Resultat hätte sich auch dadurch erreichen lassen, dass man zunächst die Linealerbfolge zu Grunde legte, jedem der Geschwister so viel zuwies, als der am wenigsten bekommende Ascendent empfangen würde, und endlich die dergestalt gewonnenen Brüche gleichmässig reducierte, so dass ihre Summe ein Ganzes nicht überstiege. Dadurch werde die Inconsequenz vermieden, hier auf einmal die Linealtheilung völlig aufzugeben. Ob Schrader wirklich Justinian's Motive richtig erkannt habe, darüber lässt sich streiten. Jedenfalls thut ihm Glück, a. a. O. 654. Anm. 53. schwer Unrecht, wenn er dessen Ausführungen so auffasst, als ob er durch Interpretation der *Nou. 118.* den von ihm aufgestellten Theilungsmodus habe rechtfertigen, oder ohne Weiteres in die Praxis einführen wollen. Schrader spricht einzig *de lege ferenda;* dagegen möchte *Dischbein, l. l. p. 100.*, in der That zunächst Kopftheile machen, jedem der Geschwister einen zuweisen und den Rest unter die Ascendenten *in lineas* vertheilen, alles *ex lege lata.*

[29]) *Nou. 118. c. 3.* „*Εἰ δὲ τῷ τελευτήσαντι ἀδελφοὶ ὑπεῖησαν καὶ ἑτέρου ἀδελφοῦ ἢ ἀδελφῆς προτελευτησάντων παῖδες, κληθήσονται πρὸς τὴν κληρονομίαν οὗτοι μετὰ τῶν πρὸς πατρὸς καὶ πρὸς μητρὸς θείων, ἀῤῥένων δὲ καὶ θηλειῶν, καὶ ὅσοι δήποτε ἂν ὦσι, τοσοῦτον ἐκ τῆς κληρονομίας λήψονται μέρος, ὅσον ὁ αὐτῶν γονεὺς ἤμελλε λαμβάνειν, εἰ ἐπέζησεν.*“ *Nou. 127.*

die Erbschaft angeboten wird, muss zweifellos *in capita* geerbt werden, wenn sie alle von einem einzigen *parens* herrühren; für den Fall dagegen, dass sie Descendenten von mehreren Geschwistern sind, war es seit den Zeiten der Glossatoren streitig, ob nach Köpfen oder Stämmen succediert werden solle. Als Vertheidiger der ersten Alternative wird uns Azo, als der der zweiten Accursius genannt[30]). Eine directe Entscheidung über diesen Punkt enthält die Novelle allerdings nicht; die innere Consequenz des Justinianischen Intestaterbrechtes spricht indessen für die Meinung des Accursius[31]).

---

c. 1. „.... *ἵνα εἴ τις τελευτήσας καταλείψει τῶν ἀνιόντων τινὰ καὶ ἀδελφοὺς δυναμένους μετὰ τῶν γονέων καλεῖσθαι, καὶ ἑτέρου ἀδελφοῦ προτελευτήσαντος παῖδας, μετὰ τῶν ἀνιόντων καὶ τῶν ἀδελφῶν καλῶνται καὶ οἱ τοῦ προτελευτήσαντος ἀδελφοῦ παῖδες, καὶ τοσαύτην λαμβάνωσι μοῖραν, ὅσην ἔμελλεν ὁ αὐτῶν πατὴρ κομίζεσθαι, εἰ περιῆν.*“ Edict des Reichsregim. v. 1521. (Emminghaus, Corp. iur. Germ. p. 139.). „Dieweil auch in gemeinen Rechten versehen, wie Brüder- oder Schwester-Kinder mit ihres abgestorbenen Vater oder Mutter, Brüder oder Schwester, die andern abgestorbenen ihres Vaters oder Mutter, Brüder oder Schwestern in die Stämm erben sollen, Und aber solches aus Unwissenheit und Missbrauch an vielen Enden nicht gehalten, Dieweil Wir dann auf Unserm Reichstag nächst zu Wormbs mit Churfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs entschlossen, dass es in diesem Fall auch gemeinen Rechten gemäss gehalten werden soll, Demnach so ordnen, setzen und erklären Wir, dass Brüder- und Schwester-Kinder nun hinfürtan mit ihres abgestorbenen Vater oder Mutter, Brüder oder Schwester die andern abgestorben ihres Vaters oder Mutter Brüdern oder Schwestern nach laut gemeiner geschriebener Recht auch in die Stämm zu erben zugelassen werden sollen“ u. s. w. Nur Sachsen und Baiern hatte gegen die Verbindlichkeit dieses Reichsschlusses in ihren Ländern protestiert. R. A. v. 1521. §. 40. Vgl. noch die Hallenser Facultätsresponsen von 1597. und 1646, das Helmstädter von 1645, das Jenenser v. 1637 bei Hermann, a. a. O. p. 265—268., u. A. m.

[30]) S. die Glosse *Fratres fuerint* zu *Nov. 118. c. 3.* Weitere Litteraturnotizen, s. bei Glück, a. a. O. p. 665. Anm. 64. 65.

[31]) Der Hauptgrund für die Vertreter der Azonischen Meinung bleibt immer der, das frühere Röm. Recht habe unter den angegebenen Umständen *successio in capita* gehabt, noch in *L. 15. §. 3. C. de legit. hered. VI. 58.* sei diess ausdrücklich hervorgehoben, und durch die Novelle eine Abänderung dieser Bestimmung nicht getroffen. Mit directen Worten sagt nun Justinian in *Nov. 118. c. 3.* nicht, dass die Stammtheilung auch da Statt finden solle, wo bloss Geschwisterkinder Erben

Dennoch ist durch den Speier'schen Reichsabschied v. J. 1529. §. 31.[32]) zum Theil im Anschlusse an einheimische Rechts-

---

werden; allein er stellt diesen Fall durch die Verbindung *ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστιν* (was man unmöglich auf den Eingang des Kapitals zurückbeziehen kann, da dort von Geschwisterkindern noch gar keine Rede ist; vgl. Glück, a. a. O. p. 678.), doch unter das in dem unmittelbar vorhergehenden Satze entwickelte Princip des Eintretens der Kinder an Stelle ihrer vorverstorbenen Eltern und der damit Hand in Hand gehenden *successio in stirpes*. Keinen Gegenbeweis liefern die Worte „*ἀλλὰ καὶ αὐτοῖς τοῖς τῶν ἀδελφῶν παισὶ τότε ταύτην τὴν εὐεργεσίαν παρέχομεν, ὅτε μετὰ τῶν ἰδίων κρίνονται θείων* . . .“, aus denen die Gegner für sich argumentiert haben, indem der Gedanke des Kaisers, wie das gleich Folgende zeigt, lediglich darauf gerichtet ist, die Geschwisterkinder nicht neben Ascendenten zur Succession zu lassen, einen Unterschied zu machen, je nachdem die Geschwisterkinder allein oder neben Geschwistern erben, aber in keiner Weise von Justinian beabsichtigt wird. S. auch Büchel, a. a. O. p. 202 ff. Ein leerer Wortstreit ist es übrigens, wenn man da, wo nur von einem Bruder oder einer Schwester Kinder vorhanden sind, darüber rechtet, ob man von einer *successio in capita* reden dürfe; das Eigenthümliche der *successio in stirpes* verschwindet innerhalb des einzelnen Stammes, es tritt nur zu Tage, sobald andere Mitberechtigte ausserhalb des Stammes stehen, sei es, dass sie einem zweiten Stamme angehören, oder als ausserordentliche Successoren auf eine feste Erbquote Anspruch machen dürfen.

[32]) „Als bisher durch die Rechtsgelehrten in Zweifel gezogen ist, ob eines Verstorbenen Bruder- oder Schwester-Kinder ihres Vatters oder Mutter Bruder oder Schwester nachgelassene Erbschafft unter sich in die Häupter oder in die Stämme theilen sollen, und darum in solchem Zweifel unter Unsern und des heil. Reichs Unterthanen etwa viel Irrung, Widerwärtigkeit und Rechtfertigung zu derselben Unterthanen nicht geringen Nachtheil und Schaden erwachsen: Dass wir demnach . . . . in obberührten Fall ordnen und setzen also: Wann einer untestirt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verlässt, dass alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Brüder oder Schwester dermassen zu succediren zugelassen werden sollen, und damit auch weiter Irrung und gerichtlicher Zank so viel als möglich abgeschnitten, und im Heil. Reich und bei desselben Gliedern und Unterthanen hierinn allenthalben Gleichheit gehalten werde, wollen Wir hiermit aus obberührter Unser Kaiserlichen Macht Vollkommenheit und rechten Wissen alle und jede Statuta, sondere Satzung, Gewohnheit, Gebrauch, altes Herkommen und Freyheiten, wo die an einigem Ort dieser Unser Kaiserl. Satzung zuwider erfunden, allein in oben angezeigtem Fall

anschauungen[33]), zum Theil unter dem Einflusse hervor-

---

cassirt und abgethan haben, die Wir auch also cassiren, aufheben und abthun . . . .“ (Emminghaus, a. a. O. p. 147 f.).

[33]) Die gesammte seit 1498 auf dem Gebiete des Intestaterbrechtes begonnene Reichsgesetzgebung zeigt uns einen ununterbrochenen Kampf der Germanischen mit den Römischen Rechtsanschauungen. Am ersten gelang es, das Repräsentationsrecht der Enkel gegenüber den Kindern zur Anerkennung zu bringen. Schon in dem R. A. von 1498 §. 38. (in Lünig's Reichsarchiv *Pars general. Tom. II. p. 203.*) wurde eine vorläufige Bestimmung darüber eingeschaltet und in dem R. A. v. 1500 und 1521 (vgl. oben §. 14. Anm. 8.) als endgültige Regel wiederholt. Ueberhaupt war die Repräsentation der Enkel bereits früh in die einzelnen Volksrechte eingedrungen und wenigstens zu Gunsten der Enkel vom Sohne in dem bei weitem grössten Theile Deutschlands in Uebung. (*Decretio Childeberti ai. 596. c. 1.* bei *Pertz, Mon. legal. Tom. I. p. 8. Leg. Grimoald. c. 5. Leg. Wisigoth. IV. 5. cap. 4. L. Burgund. Tit. 75. §. 1. 2. Tit. 78. L. Saxon. VII. §. 8. Sachsensp. Ld.-R. I. 5. §. 1. Schwabsp. Ldr. c. 7. ed. Gengler, al.*). Mit den angeführten Reichsschlüssen wurden nun die Römischen Rechtssätze in ihrem ganzen Umfange geltend gemacht, und einzig bezüglich der abgeschichteten Kinder wie der Urenkel und ferneren Abkömmlinge (s. z. B. Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution v. J. 1527. Berl. 1841. p. 350 ff.) erhielten sich abweichende particuläre Satzungen in vielen Gegenden des Landes. — Auf grösseren Widerstand stiess die Erbberechtigung der Neffen und Nichten neben Geschwistern des Verstorbenen, welche in dem einheimischen Rechte nur sehr vereinzelt Aufnahme gefunden hatte. So schliesst z. B. die *decret. Childeb.* das Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder ausdrücklich aus; nach dem *Sachssp. Ld. R. I. 17. §. 1.* entscheidet in der Seitenlinie lediglich die Sippezahl über das Erbrecht u. s. w. Als auf dem Freiburger Reichstage von 1498 darüber verhandelt wurde, widersprach u. A. der Abgeordnete der Reichsstadt Mühlhausen unter Berufung auf den Sachsenspiegel (S. Harpprecht, Staats-Archiv des R. K. G. Bd. II. p. 341. 342.), und auch i. J. 1521 war die Zustimmung von Baiern und Sachsen zur Durchführung der Römischen Normen nicht zu gewinnen (s. oben Anm. 29.). Doch gilt diess nicht von allen Ländern des Sächsischen Rechtes in gleicher Weise. Wenigstens allmälig erlangten die Justinianischen Rechtssätze in den übrigen Territorien ausser dem eigentlichen Sachsen Eingang. So in Anhalt, Magdeburg, Naumburg, Zeitz u. s. w., vgl. die Rechtssprüche bei Hermann, a. a. O. p. 265 ff. Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, dass das Reichsedict von 1521 sich entschieden als gemeines Recht behauptet hat — Umgekehrt ist in dem Reichsschlusse von Speier das fremde dem einheimischen Rechte unterlegen; es fehlte an der Autorität des geschriebenen Buchstabens, indem

ragender Deutscher Romanisten, wie namentlich des Ulrich Zasius[34]), die Azonische Theorie reichsgesetzlich bestätigt worden und gegenwärtig in unbestrittener Herrschaft[35]). Zwar hat man später noch versucht, durch eine buchstäbliche Auslegung des Gesetzes[36]) und spitzfindige Distinctionen unter

---

die Novelle sich über den dort zur Frage stehenden Punkt nicht mit directen Worten äussert.

[34]) Dass Ulrich Zasius mit besonderem Eifer die Azonische Meinung verfochten hat, ist bekannt (s. z. B. *Singul. Respons. Lib. I. cap. 7. Consil. Lib. I. cons. 4. Vsus feudor. ed. Colon. Agripp. 1589. p. 42.*), und ebenso unbestreitbar ist das hohe Ansehen, dessen er als Rechtskundiger und Rechtslehrer in Deutschland genoss. Es ist deshalb nicht unwahrscheinlich, dass seine Autorität zu dem Siege der Azonisten auf dem Speierschen Reichstage mit beigetragen haben mag, wie er in der That durch seine Bearbeitung des Stadtrechtes von Freiburg die Kopftheilung unter Geschwisterkindern dort gesetzlich festgestellt hat. Zu weit dürfte es jedoch gegangen sein, wenn Stintzing in seiner Lebensbeschreibung des Zasius (Basel 1857. p. 142.) den Einfluss desselben auf die Entscheidung in Speier „unverkennbar" nennt; auch die oben citierte Stelle aus dem *usus feudor.* bietet dafür keinen genügenden Anhalt, und namentlich ist daraus über den Antheil, den Hieronymus Vehus an jenem Beschlusse gehabt hat, durchaus nichts ersichtlich. So sind wir in Betreff der persönlichen Einwirkung, welche Zasius und seine Schüler bei jener Gelegenheit geübt, auf blosse Vermuthungen beschränkt.

[35]) Vgl. das Hallenser Schöffenurtheil vom August 1597. und die beiden Jenenser Schöffensprüche vom März 1633. und September 1634. bei Hermann, a. a. O. p. 281. 282. *Engelbrecht, Consultat. Gryphiswald. Resp. 102. §. 29. 30.*

[36]) Man presste nämlich die Worte „und nach ihm kein Bruder oder Schwester . . . . verlässt" und wollte das Gesetz alsdann für unanwendbar ansehen, wenn ausser den Kindern von Vollgeschwistern noch Halbgeschwister vorhanden sind, da doch der Reichsschluss augenscheinlich bloss die mit den Geschwisterkindern in derselben Klasse erbberechtigten Brüder und Schwestern meint. Ebenso wollte man (s. besonders *Heisler, Diss. de fratrum germanorum liberis siue cum fratre defuncti unilaterali, siue cum fratris unilateralis filiis, siue cum thiis defuncti concurrant, secundum Nou. 118. c. 3. iure repraesentationis in stirpes succedentibus. Halae 1775.*) bei den Worten „Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl" den Gedanken an den Fall ausschliessen, wo ausser den vollbürtigen noch Halbgeschwister existieren. Die Vorschrift lautet jedoch ganz allgemein ohne die mindeste Rücksicht darauf, welche Verwandte neben den erbberechtigten Geschwisterkindern sonst etwa noch zurück-

Umständen die Stammtheilung zwischen Geschwisterkindern aufrecht zu erhalten[37]); diese Bemühungen mussten jedoch, theils weil man dem klaren Sinne des Reichsabschiedes Zwang anthat, theils weil man mit dem selbstgeschaffenen und alles positiven Bodens entbehrenden Begriffe des Repräsentationsrechtes operierte, durchaus erfolglos bleiben[38]),

---

geblieben sein mögen. So dürfen auch wir weiter keine Unterschiede machen. — Freilich würde man zu diesen gezwungenen Auslegungen des Reichsedictes schwerlich gekommen sein, wenn man nicht von dem allerdings unbewussten Streben ausgegangen wäre, dasselbe in möglichst enge Grenzen einzuschränken, und sich in allerlei systematischen Irrthümern über den Grund befunden hätte, weshalb Geschwisterkinder zur zweiten Klasse der Justinianischen Intestaterben gehören.

[37]) Man unterschied hier in casuistischer Weise, ob die Geschwisterkinder *iure ordinis* oder *iure repraesentationis* zur Succession gelangten. Das letztere nahm man überall da an, wo ausser ihnen noch andere Verwandte zweiten oder dritten Grades, also Halbgeschwister, deren Kinder, Onkel und Tanten des Erblassers existierten; nur wo solche nicht vorhanden waren, gab man die Erbfolge *iure ordinis* zu, und wollte nun das Reichsgesetz ausschliesslich auf den letzten Fall beschränken. S. ausser der in der vor. Anm. genannten Dissertation von Heisler die reichen Citate bei Glück, a. a. O. p. 667 ff. — Man übersah, dass man damit, genau betrachtet, jede *successio iure ordinis* für die Geschwisterkinder läugnete und zerstörte, und nur noch ein *succedere praerogatiua gradus* bei ihnen anerkannte. Entweder sage man, Geschwisterkinder erben in der zweiten Klasse überhaupt bloss vermöge ihres Repräsentationsrechtes (und dazu berechtigt uns die Fassung des *cap. 3.* der Novelle), oder man spreche von diesem Rechte bloss da, wo sie mit Geschwistern voller Geburt concurrieren. (Nur nicht in dem Sinne, wie *Dischbein, l. l. p. 108. sq.*, diess thut, der neben den Geschwisterkindern, wo keine Geschwister vorhanden sind, alle übrigen Verwandten dritten Grades aus der Seitenlinie zur Erbfolge zulässt. Eine Ansicht, die nur dadurch erklärlich wird, dass die üblichen Deductionen das Bewusstsein von der Zugehörigkeit der Geschwisterkinder zur zweiten Erbklasse ganz zurückdrängten.) Welcher der beiden Alternativen man aber auch beistimmt, es fehlt hier an jedem Anhalte zu casuistischen Distinctionen, von denen man die Geltung des Reichsabschiedes abhängig machen könnte.

[38]) Vgl. Glück, a. a. O. p. 668 ff., der nur darin irrt, dass er nach Röm. Rechte, sobald keine Seitenverwandte zweiten oder dritten Grades ausser den erbenden Geschwisterkindern vorhanden sind, die *successio in capita* für gerechtfertigt ansieht, für diesen Fall also den Azonisten beistimmt (ebd. p. 699. 700.), Büchel, a. a. O. p. 215 f. Arndts, a. a. O. p. 693. v. Holzschuher, a. a. O. p. 565. 566. u. A. m.

obschon sie übrigens aus dem völlig richtigen Gefühle hervorgiengen, die reichsgesetzliche Entscheidung verstosse gegen das Princip der Justinianischen Intestaterbordnung, und von der Tendenz getragen wurden, die einzelnen Consequenzen des Römischen Rechtsgedankens so weit als möglich zu retten[39]). 3) In der dritten Klasse erben kraft der bei der vorigen angeführten Gesetze und aus den so eben entwickelten Gründen die Halbgeschwister und Halbgeschwisterkinder unter sich nach Köpfen[40]), beide in Concurrenz mit einander nach Stämmen. 4) In der vierten Klasse wird durchweg *in capita* getheilt[41]).

Welche dieser verschiedenen Theilungsarten, ob die *in capita*, oder *in stirpes* oder *in lineas* zur Anwendung kommt, richtet sich in jedem einzelnen Falle genau nach dem Momente der Delation; durch ein späteres Wegfallen von Delaten wird, so lange noch andere von ihnen übrig sind, keine Veränderung des ursprünglichen Successionsmodus bewirkt[42]). — Steht im

[39]) Vgl. Büchel, a. a. O. p. 216.

[40]) Die Novelle wie die Reichsgesetze sanctionieren diese Succession ohne zwischen voller und halber Geburt zu unterscheiden, s. auch das Hallenser Schöffenurtheil von 1595 bei Hermann, a. a. O. p. 280.

[41]) *Nou. 118. c. 3. §. 1.* „*Εἰ δὲ πολλοὶ τοῦ αὐτοῦ βαθμοῦ εὑρεθῶσι, κατὰ τὸν τῶν προσώπων ἀριθμὸν μεταξὺ αὐτῶν ἡ κληρονομία διαιρεθήσεται, ὅπερ in capita οἱ ἡμέτεροι λέγουσι νόμοι.*

[42]) Wenn also z. B. ursprünglich drei Grosseltern und einem Bruder des Erblassers deferiert war, und der letztere schlägt aus oder stirbt vor der Antretung, so wird jetzt nicht etwa *in lineas* getheilt, sondern es bleibt bei der von Anfang an begründeten *successio in capita.* Diess ist jedoch nicht unbestritten, vgl. Glück, a. a. O. p. 702. Anm. 18.; und noch neuerdings haben einzelne Rechtslehrer die Ansicht vertheidigt, die Art, wie die Erbschaft getheilt werden müsse, richte sich nach dem Augenblicke des Erbschaftserwerbes; so Mayer, Anwachsungsr. p. 251 ff. Witte in Weiske's Rechtlex. Bd. I. p. 278. Rosshirt, a. a. O. p. 359 ff. Es fehlt auch wirklich nicht an Scheingründen hierfür. Die Delation, so argumentiert namentlich Rosshirt, ist ihrem Wesen nach Berufung zur Erbschaft, die Theilung nur eine nothwendige Folge der Concurrenz einer Mehrzahl von Erben; die Concurrenz aber entscheidet sich erst mit dem Augenblicke des Erbantrittes, der demnach für die Vertheilung massgebend sein muss. Es ist dem genannten Autor daher der Vorwurf der Inconsequenz nicht zu machen (vgl. auch Mühlenbruch, Comm. Bd. 43. p. 297. Anm. 40. gegen v. Vangerow, Pand.

Augenblicke der Delation die Geburt eines von mehreren Erben noch zu erwarten, so legt man einstweilen drei Erb-

Bd. II. §. 421. Anm.), wenn er sich einerseits für den Vorzug des Accrescenzrechtes vor der *graduum successio* ausspricht (vgl. oben §. 15. p. 264 f.), andererseits den Theilungsmodus nach dem Momente des Erbschaftserwerbes bemessen will, und überhaupt die Beantwortung beider Controversen keinesweges nothwendig gleichlautend. Die innere Verbindung zwischen ihnen stellt sich erst dann heraus, wenn man davon ausgeht, dass bei der Delation die Berufung nicht schlechtweg zur Erbschaft, sondern zu einem verhältnissmässigen Antheile an der Erbschaft erfolge, dass es also, um diess Verhältniss zu ändern, einer von Grund aus neuen Delation bedürfe. Unter dieser Voraussetzung allerdings müssen diejenigen, welche dem Accrescenzrechte den Vorzug vor der *successio graduum* geben, welche m. a. W. ein erneuertes Angebot selbst bezüglich eines einzelnen Theiles läugnen, streng an dem ursprünglichen Theilungsmassstabe festhalten, diejenigen aber, welche, wie Sintenis, Civ.-R. §. 163. Anm. 10. *cf.* §. 164. Anm. 14., sich für die *graduum successio* erklären, also eine partielle Wiederholung der Delation behaupten, können doch noch immer, ohne mit sich in Widerspruch zu gerathen, für das Ganze die Fortdauer der alten Delation annehmen. Es erscheint demnach ungerechtfertigt, wenn noch neuerdings v. Helmolt, a. a. O. p. 88. 89. es für unverträglich erachtet, sich gleichzeitig zu Gunsten der *successio graduum* und der hier im Texte vertheidigten Ansicht zu entscheiden. In der That ist nun die obige Voraussetzung begründet, und die Delation nicht bloss eine allgemeine Berufung zur Erbschaft. Diess zeigt sich weniger noch in einzelnen Ausdrücken unserer Quellen wie *„portio defertur"* (*L. 2. §. 2. D. de b. p. s. t. 37. 11.*) *„in partem uocari"* (*L. 2. D. de coniung. cum em. lib. 37. 8. L. 2. §. 14. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.*), als vorzüglich in dem Satze, dass die Erbantretung dessen, der eine andere als die ihm deferierte Erbquote erwerben, den Theilungsmassstab also willkürlich ändern will, von vorn herein nichtig ist (*L. 75. D. de A. u. O. H. 29. 2.*), während man nach der gegnerischen Ansicht doch noch die endgültige Regulierung der Erbtheile durch Accrescenzrecht u. s. w. hätte abwarten müssen. So ist denn eine Abänderung des ursprünglichen *modus succedendi* bloss durch eine völlig neue Delation zu bewirken. Einen Gegenbeweis hat namentlich Mayer, Anwachs.-R. p. 259 ff., aus *L. 2. C. ad Sc. Orphit. VI. 57.* hernehmen wollen. Allein die Stelle redet nur davon, wie die Erbschaft der Mutter im Gegensatze zu der des Vaters den Kindern nie *ipso iure* erworben werde, wie daher die Zahl der Erben sich nicht darnach bestimme, wie viel Kinder bei ihrem Tode vorhanden gewesen seien, sondern darnach, wie viel von ihnen die Erbschaft wirklich angetreten haben, vgl. bes. Büchel, a. a. O. p. 250—253. Wegen der auch hier wieder angezogenen *L. 2. §. 18. D. ad Sc. Tertull.*, s. oben §. 15. Anm. 33.

theile zurück, weil ja Drillinge zur Welt kommen könnten. Werden nachmals weniger als drei Kinder geboren, so tritt in Betreff der vacanten Theile das Accrescenzrecht in Wirksamkeit, d. h. die wirklich vorhandenen Erben theilen sich nach Proportion ihrer eigenen Erbquoten in den herrenlos gebliebenen Rest. Sollten aber mehr als drei Kinder geboren sein, so haben die übrigen Erben ebenso von ihren Erbtheilen verhältnissmässig abzugeben[43]), um dem vierten die ihm *ab intestato* gebührende Erbportion leer zu machen (*L. 3. L. 4. D. si pars hered. pet. 5. 4. cf. L. 36. D. de solut. 46. 3.*)[44]).

---

und überhaupt Büchel, a. a. O. p. 236 ff. Arndts, a. a. O. p. 695. 696. v. Helmolt, a. a. O. p. 83—92. v. Holzschuher, a. a. O. p. 574 f. Vering, a. a. O. p. 666. Brinz, Pand. p. 811. u. A. m. — Die Bemerkung Puchta's, Vorles. Bd. II. p. 323., die Acquisition sei kein bestimmter Zeitpunkt, trifft mehr die Ausdrucksweise der Gegner, als die Sache.

[43]) Das Genauere darüber, wie hier die definitive Feststellung der Erbtheile bewirkt wird, s. unten §. 52.

[44]) Manche neuere Juristen (s. z. B. Scheurl, Beitr. p. 83.) entnehmen aus der *L. 36. cit.*, nach der Ansicht des Ursejus Ferox und jener „*quidam*", sei die Delation in dem Falle, wenn später überhaupt ein Miterbe geboren worden, gerade so *in suspenso* geblieben, wie da, wo der *nasciturus* alle lebenden Erbprätendenten ausschliessen würde, diess unbestritten geschah. Diese Auslegung des „*nihil me consumsisse quidam existimant*" ist nun zwar nicht unmöglich, aber doch nichts weniger als sicher. Jene Worte sagen unmittelbar ja einzig das, es sei nichts *in iudicium* deduciert worden, woraus wir bloss so viel schliessen dürfen, es sei noch kein der processualischen Consumtion fähiges Recht bei dem Erben vorhanden gewesen. Selbst Mühlenbruch's Auffassung der Stelle (Comm. Bd. 42. p. 320. 322) erscheint mithin noch zu weit, wenn er im Sinne des Ursejus allen Dispositionshandlungen des Erben über die erbschaftlichen Rechte den juristischen Bestand abspricht. Es konnten sehr wohl rein formelle Gründe sein, aus denen die *quidam* die Consumtion läugneten; z. B. die Unmöglichkeit einer auf eine *certa pars*, die Unzulässigkeit einer auf eine *incerta pars* gerichteten Klage, welche letztere sogar Ulpian in *L. 1. §. 5. D. si pars hered. pet. 5. 4.* nur mit einer gewissen Zurückhaltung zu empfehlen wagt: „*non audenter itaque dicetur.*" War also das Recht des Erben zu gerichtlicher Verfolgung überhaupt ungeeignet, so — mochte man weiter denken — werde es dadurch zur Aufnahme in den Process nicht passlicher, dass man die Klage auf ein Mehr richte, über welches dem Kläger unbezweifelt die Verfügung nicht zusteht (*et . . . totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem.*). Erst indem man zu dem

Würde dagegen der Neugeborene der ausschliessliche Erbe sein, so bleibt die ganze Delation vorläufig in der Schwebe (*L. 3. D. cit. init. L. 30. §. 1. D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8. L. 3. §. 9. D. de suis et legit. 38. 16. cf. L. un. §. 8. D. si mulier uentr. nom. 25. 6.*).

Bei der Stamm- und Lineal-Theilung wird die mehrfache Verwandtschaft[45]) unter Umständen von Bedeutung, indem sie einem Individuum einen mehrfachen Erbtheil verschafft. Diess geschieht in folgenden Fällen: 1) Vermöge der *successio in stirpes* hat a) Derjenige, welcher von mehreren zu verschiedenen Stämmen gehörigen Descendenten des Erblassers abstammt, bei jedem einzelnen Stamme einen entsprechenden Antheil zu fordern[46]); b) eine

---

Auskunftsmittel einer vorläufigen Regulierung der Erbtheile griff und eine bestimmte Anzahl derselben für den erwarteten *postumus* zurücklegte, vermied man die Schwierigkeiten, welche die eigenthümlich formale Natur der *actio* der einstweiligen Klaganstellung in den Weg legte. Darnach hätte nun freilich die Berichtigung Julian's nicht auf den einen Fall beschränkt bleiben sollen *„si nemo natus sit."* Windscheid, Krit. Uebersch. Bd. I. p. 203. Anm. conjiciert *„si nemo natus sit, sed recte me egisse"* womit dieser Anstoss allerdings aus dem Wege geräumt sein würde; allein dem steht entgegen, dass jedes *recte agere* nothwendig die Consumtion voraussetzt; und wollte man auch bei dem *„consumsisse"* bloss an ein nutzloses Verbrauchen denken, so wäre dasselbe ziemlich überflüssig, und das *„recte me egisse"* schon genügend. So dürfte es noch am gerathensten erscheinen, die Bemerkung Julian's, wenn sie gleich ihrem Wortlaute nach nur auf die eine Alternative geht, doch stillschweigend auf die andere mitzubeziehen; ein Verfahren, welches nicht selten durch den Zusammenhang des Gedankens geboten ist.

[45]) Vgl. bes. Glück, a. a. O. §. 39—41. p. 137—147. Rosshirt, a. a. O. p. 308 f., und von eigenen Abhandlungen über diese Materie *I. G. Simon, Diss de success. ab int. ex duplici uinculo. Hal. 1693.* *Textor, Diss. de cognatione multiplici eiusque effectibus quoad successionem ab intest. Tubing. 1809.* Klüpfel, Versuch einer neuen Demonstration des mehrfachen Erbrechtes der mehrfach Verwandten (in seiner Schrift, Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttg. 1817. Nro. IV.). Vgl. auch unten Anm. 49.

[46]) Man hat sich daran gewöhnt, hier bloss von einem doppelten Erbtheile zu sprechen (s. z. B. Seuffert, Pand.-R. §. 561. Bd. III. p. 194), indem man meist nur an den Fall der Beerbung des Urgrossvaters durch seinen Urenkel, das Kind zweier Enkel des Erblassers denkt; möglich ist es jedoch, dass eine Person auch bei drei Stämmen ihren Antheil

doppelte Erbportion empfängt Sohn oder Tochter zweier Halbgeschwister des Erblassers, die unter sich in dem Verhältnisse sog. zusammengebrachter Kinder standen, d. h. die keinen gemeinschaftlichen *parens* hatten [47]. c) Der als Sohn adoptierte leibliche Enkel wird in beiden Eigenschaften zur Erbfolge verstattet [48]. 2) Bei der *successio in lineas* erhält in dem ersten der drei obigen Fälle, wenn umgekehrt der Descendent vom Ascendenten beerbt wird, dieser seinen Kopftheil sowohl bei der väterlichen, wie bei der mütterlichen Linie [49]. Es kommt endlich nichts darauf an, ob dem Erb-

---

empfange, oder bei vieren, wenn zwei solche Urenkel einander heirathen und ein Kind aus dieser Ehe zurückbleibt, welches also vier Söhne oder Töchter des Erblassers unter seinen Ureltern zählen würde. Thatsächlich wird eine derartige Beerbung des Ururgrossvaters oder der Ururgrossmutter freilich kaum je vorkommen.

[47]) Hier ist der mehrfache Erbtheil lediglich ein doppelter, weil nur Geschwister-Kinder, nicht auch deren Enkel das Repräsentationsrecht haben. Damit *successio in stirpes* Statt habe, muss man nach dem R. A. von Speier natürlich noch die Existenz von Halbgeschwistern neben den Halbgeschwisterkindern voraussetzen.

[48]) Ob die Praxis diese aus der Logik des Rechtes allerdings hervorgehende Consequenz wirklich anerkannt habe, dürfte freilich nicht ganz ausser Zweifel sein.

[49]) Man kann fragen, ob nicht dasselbe von dem Grossvater gelten müsse, der sein Tochterkind als Sohneskind adoptiert; allein da dürfte doch in unserem modernen Rechtsleben das natürliche Verhältniss so prävalieren, dass die willkürliche Umgestaltung desselben durch die Adoption vollständig wirkungslos auf die Erbfolge bleiben muss. — Unsere Rechtsquellen liefern uns kein directes Zeugniss über diese Materie; wir sind daher ausschliesslich auf das Argumentieren aus den allgemeinen im Justinianischen Erbrechte herrschenden Principien angewiesen. So konnte es nicht fehlen, dass verschiedene Ansichten über die Berechtigung zu einem mehrfachen Erbtheile bei den neueren Juristen zu Tage traten. Es lassen sich deren vier unterscheiden. Nach der einen Meinung wäre ein Anspruch auf eine mehrfache Erbportion nie gegründet. (So Weisser, Anleit. zur Berechn. d. Verwandtschaftsgrade §. 20.); nach einer zweiten nur bei der *successio in stirpes* (so Dabelow, Handb. d. heut. gem. Röm. Deutsch. Priv.-R. Thl. I. §. 1041.); die dritte ist die im Texte vorgetragene, welche allerdings bereits früher aufgestellt (so von *Rotgersius, Comm. de success. legit. cap. VII.* §. *78.*), in neuerer Zeit namentlich in einer eigenen Schrift von Koch, Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. Giessen 1798, vertheidigt wurde

lasser sein Vermögen oder einzelne Theile desselben von väterlicher oder mütterlicher Seite zugefallen sind; ohne Rück-

---

und gegenwärtig unbedingt als die herrschende angesehen werden darf. Die vierte Ansicht endlich giebt den mehrfach Verwandten, auch wo Kopftheilung Statt findet, doppelte Erbquoten und zählt einige der bedeutendsten Deutschen Practiker des siebzehnten Jahrhunderts unter ihre Anhänger. So wurde sie nach Happrecht's Zeugnisse (*Comm. in Inst. ad Tit. de hered. q. ab int. def.* §. *471.*) in einem Tübinger Responsum von 1604 adoptiert, und Carpzow (*Iurisprud. forens. Pars III. Const. 18. defin. 26.*) theilt ein ähnliches Leipziger Urtheil v. Jahre 1634 mit. Diese Praxis muss für den Romanisten etwas sehr Befremdliches haben, und in der That ist ihr vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus schon zu jener Zeit in der theoretischen Litteratur wie bei den Gerichten eine erfolgreiche Opposition gemacht worden (s. namentlich *Brunnemann*, *Decision. Centur. I. Decis. 20.* vom J. 1646 und dessen *Comm. ad Pand. Lib. 32. leg. 40.*). Verständlich wird sie dagegen durch den Germanischen Grundsatz „*paterna paternis, materna maternis*", welcher unter den verschiedensten Modificationen in einem nicht unbeträchtlichen Theile Deutschlands in Uebung war (Carpzow, a. a. O. *Const. 14. defin. 3.*, erklärt ihn geradezu für gemeinrechtlich und behauptet nur die Abweichung des particulären Sachsenrechtes), und zu dem unsere Jurisprudenz auch in anderen erbrechtlichen Fragen stets grosse Hinneigung gezeigt hat. Waren darnach die Verwandten je nach ihrer Abstammung von Vaters oder Mutter Seite zu dem von dort herrührenden Vermögen berechtigt, so ist es auch ganz in der Ordnung, diejenigen, die ebensowohl väterliche als mütterliche Angehörige des Erblassers sind, an beiden Gütermassen participieren zu lassen. Als nun aber die Sonderung von Vater- und Mutter-Gut mit dem Eindringen der Römischen Erbrechtsprincipien mehr und mehr ausser Anwendung gesetzt wurde (vgl. die folg. Anm.), konnte man die einmal herkömmliche Rücksicht auf die doppelte Verwandtschaft kaum noch anders bethätigen, als durch Gewährung eines doppelten Erbtheiles an Stelle des früheren Erbens in beiden Linien. Indem man diesen Zusammenhang der allerdings nicht hinwegzuläugnenden Praxis übersah, und sich ihrer Autorität doch nicht zu entziehen vermochte, kam man (wie schon Harpprecht und neuerdings wieder Klüpfel, a. a. O.) dazu, allerlei willkürliche und unhaltbare Gründe zu ihrer Vertheidigung aus dem Römischen Rechte oder sogenannten allgemeinen Rechtsprincipien zusammen zu suchen und durch solche misslungene Unternehmungen die Anschauung wesentlich zu befestigen, als handle es sich hier bloss um einen doctrinären, zur Ungebühr in die Praxis recipierten Irrthum. Jener Gerichtsgebrauch hat aber wirklich seine historische Berechtigung; nur muss man ihn aus dem Römischen Rechte hinaus auf das ihm zugehörige Gebiet der dem einheimischen Erbrechte eigenthümlichen

sicht auf den Ursprung des Nachlasses haben die väterlichen wie die mütterlichen Verwandten des Verstorbenen gleiche Ansprüche daran[50]. Davon giebt es nur eine Ausnahme:

Trennung des väterlichen und mütterlichen Vermögens verweisen. Bei dieser hat auch der *code Napoléon* den Satz, dass doppelte Verwandtschaft selbst den entfernteren Collateralen doppelte Erbportionen verschaffe, einfach anerkannt. —

[50]) Diess war nach dem einheimischen Deutschen Rechte vielfach anders. Dort übte der Ursprung des Vermögens auf die Vererbung desselben den wesentlichsten Einfluss. Bei dem Mangel von Descendenten sollte das väterliche Gut ausschliesslich an die väterlichen, das mütterliche an die mütterlichen Verwandten zurückfallen. Während das kleine Kaiserrecht (*II. 95. ed. Endemann*) diesen Satz in so allgemeinen Ausdrücken aufstellt, als ob es dabei nicht erforderlich sei, dass die Verwandten, um gleichzeitig zu erben, auf beiden Seiten auch dem Erblasser gleich nahe stehen, fügt der Schwabenspiegel (*Ld.-R. cap. 226. ed. Gengler*) eine darauf bezügliche Clausel noch besonders hinzu, und giebt entgegengesetzten Falls dem näheren den unbedingten Vorzug in dem gesammten Vermögen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob man darin bereits eine Einwirkung des Römischen Rechtes zu erkennen habe (obwohl die Art, wie die Italiener die deshalb aufgeworfene Frage erörtern, dafür zu sprechen scheint, s. namentl. *Nicolaus de Vbaldis, l. l. fol. 347. §. 4.*); unzweifelhaft liegt dieselbe vor in den weiteren Beschränkungen, denen die Germanische Gütertrennung unterzogen wurde. Einmal sollte sie nicht Statt haben hinsichtlich des Vermögens, welches dem Erblasser nicht unmittelbar von seinen Ascendenten, sondern aus der Seitenlinie, z. B. von seinen Geschwistern, zugeflossen war, s. z. B. schon *Mathesilanus, l. l. fol. 330. 331. §. 22.*, ferner das Leipziger Responsum v. J. 1624. bei Carpzow (*l. l. III. 14. defin. 3.* bei Hermann, a. a. O. p. 287.), *Engelbrecht, Consultat. Gryphiswald. Resp. 36. §. 10.* Overbeck, Medit. Bd. I. Med. 34. u. A. m. Zweitens schloss man jene Sonderung aus, sobald Ascendenten mit Vollgeschwistern (s. *Hartm. Pistoris Obseruat. 51. Hieron. Schuerpff Consil. Cent. III. cons. 91. §. 4.*) oder erstere allein (so das R. K. G. nach dem Zeugnisse Mynsinger's (*Obseruat. Cent. VI. obseru. 55. §. 3.*), endlich wo die ferneren Collateralen zur Succession gelangten, und hielt sie nur dann für statthaft, wenn Halbgeschwister von verschiedenen Seiten oder deren Kinder Erben wurden. S. *Fichard, Consil. Tom. I. cons. 49. Tom. II. cons. 91. 93.* das Jenenser Responsum von 1640. bei Hermann, a. a. p. 287 f. Carpzow, a. a. O. *defin. 1.* u. A. Hierfür fand man nämlich eine besondere Stütze in *L. 13. §. 2. C. de legit. hered. VI. 58.* (s. schon die Glosse zur *Auth. Itaque Tit. Cod. comm. de succ. VI. 59. uerb. utroque parente*), so dass selbst

Die Einwirkung des ehelichen Güterrechtes auf die Successionsverhältnisse Wiederverheiratheter. Dadurch wird in drei Fällen die Aussonderung einzelner Gütercomplexe aus dem übrigen Vermögen geboten. Nämlich a) den Kindern zweiter Ehe fällt die *dos* oder *donatio propter nuptias*, welche der *parens binubus* aus derselben bezieht, im Voraus zu (*Nou. XXII. c. 29.*)[51]). Die *lucra*

Leute, die sich in diesen Controversen ganz auf den Boden des Römischen Rechtes stellten, wie z. B. *Brunnemann, Decis. Cent. V. decis. 10.* der gesonderten Vererbung des väterlichen und mütterlichen Vermögens das Wort redeten, vgl. auch *Decision. Hasso-Cassell. Tom. VII. dec. 185. p. 49 ff.;* die beiden Helmstädter Facultätsresponsa von 1717. bei *Leyser, Med. ad Pand. Sp. 423. med. 1.* u. *2.* Zwar fehlte es nicht an solchen, die auch in diesem Falle an der Vermögenseinheit festhalten wollten, wie *Cocceji, Ius controu. Lib. 38. Tit. 15. Quaest. 8.*, allein ihr hauptsächlichstes Argument wider die Beweiskraft der *L. 13. C. cit.* bestand in deren angeblicher Aufhebung durch die *Nou. 118.* und konnte um so weniger durchgreifen, als die beiden Verordnungen unter jener Supposition in dem Verhältnisse von *lex specialis* und *generalis* zu einander stehen würden, der Erlass der letzteren also keinesweges nothwendig die Beseitigung der ersteren involvierte. So kam es, dass bis auf die neueren Zeiten herab (s. z. B. Overbeck, Meditat. a. a. O.) die Vermögenstrennung bei der Concurrenz von *consanguinei* und *uterini* in der Praxis beobachtet wurde. — Nachdem jetzt durch Francke, Beitr. Abh. VII. Ueber die Erbfolge der Halbgeschwister zu *L. 13. C. de legit. hered. p. 162—166.* (vgl. auch Glück, a. a. O. p. 417. 418.) unwiderleglich nachgewiesen ist, dass die angezogene Stelle keinesweges von der Concurrenz der *consanguinei* und *uterini* redet, welche erst zwei Jahre später mit *L. 15. §. 2. C. eod.* möglich wurde (vgl. oben §. 10. Anm. 124.), sondern dass sie von dem Zusammentreffen der *consanguinei* und *germani* handelt und den letzteren das Muttergut als Voraus zuspricht, verschwindet der einzige noch übrige Grund, jene anomale, dem Geiste des heutigen Erbrechtes durchaus nicht angemessene Theilungsweise fernerweit beizubehalten; ja man darf wohl behaupten, dass die Praxis der letzten Jahrzehnte dieselbe überall bereits vollständig beseitigt hat, so weit nicht locales Statutarrecht in Frage steht.

[51]) Das war bezüglich der *donatio propter nuptias* schon in *L. 4. C. de sec. nupt. V. 9.* von Honorius und Theodosius verordnet. „*Itaque si habens filios in secundas nuptias fortasse transierit, sponsaliciam largitatem, quam uir secundus contulerit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier in tertia minime uota migrauerit . . . . Nos enim hac lege id praecipue custo-*

nuptialia dagegen, die er durch die erste Ehe gewonnen hat, kommen bekanntlich gar nicht in seine Erbschaft, indem sie bei seiner Wiederverheirathung sofort in das Eigenthum der ersteheliehen Kinder gelangen[52]). Erst wenn eines der letzteren *ab intestato* verstirbt, kann der Ursprung dieser Güter wiederum von Bedeutung werden, da b) die *mater binuba* an dem ihr zustehenden Kopftheile (mit Ausnahme der nach *L. 11. C. de sec. nupt. V. 9.* und *Nou. 22. c. 26.* von jenen *lucra* ihr eigenthümlich zufliessenden Portion) lediglich Niessbrauchsrecht erhält, soweit derselbe überhaupt aus des Kindes väterlichem Vermögen herrührt[53]). Eine Vorschrift, die nicht

diendum esse decreuimus, ut ex quocunque coniugio suscepti filii patrum suorum sponsalicias retineant facultates". In *Nou. 22. c. 29.* bestätigt Justinian diese Theodosische Verfügung ausdrücklich und dehnt sie auch auf die *dos* aus. „ἐκ δὲ τῆς τῶν πραγμάτων ἀκολουθίας ταὐτὸ καὶ ἐπὶ τῶν πατέρων ἔστω δευτερογαμούντων, καὶ φυλαττέσθω τοῖς μὲν ἐκ τοῦ προτέρου γάμου παισὶ διὰ τὴν δευτερογαμίαν ἡ κερδανθεῖσα προὶξ, τοῖς δὲ δευτέροις τὰ ἐκ τῶν δευτέρων, κἂν εἰ μὴ πρὸς τρίτους ὁ πατὴρ ἀφίκετο γάμους". Diess gilt aber nur von *dos* und *donatio propter nuptias;* sonstige, namentlich letztwillige Zuwendungen des zweiten Ehegatten an den *parens binubus* vererben sich, wie in §. *1. eod.* noch besonders hervorgehoben wird, ganz in gewöhnlicher Weise. *Cf. Theodor. Scholast., Breuiar. Nou. 22. c. 33. Zachariae, Anecd. p. 38.* Glück, Comm. Bd. 24. p. 138 ff. — Durch *Nou. 98. c. 2.*, welche bei Auflösung der Ehe den Kindern aus derselben die darin fungierende *dos* oder *donatio propter nuptias* sofort als Eigenthum zuwies, wurde unsere Vorschrift vorübergehend ganz ausser Anwendung gesetzt. Seitdem *Nou. 127. c. 3.* dem überlebenden oder unschuldig geschiedenen Ehegatten wieder eine Virilportion an *dos* und *propter nupt. don.* zugesteht, sind jene Bestimmungen wenigstens hinsichtlich dieses Kopftheiles reactiviert, vgl. v. Vangerow, Pand. Bd. I. p. 485.

52) *Nou. 22. c. 23.* „. . . . καὶ γενικῶς εἰπεῖν, ἅπας αὐτὴν ἐπιλείψει δεσποτείας τρόπος ἐπὶ τοῖς παρὰ τοῦ προτέρου ἀνδρὸς εἰς αὐτὴν ἀφιγμένοις, καὶ οἱ παῖδες αὐτὰ λήψονται καὶ τῆς δεσποτείας ἔσονται κύριοι κατὰ τὸν καιρὸν εὐθύς, καθ' ὃν ἡ μήτηρ συνῴκησεν ἄλλῳ. Καὶ ταῦτα κοινὰ γυναικός τε καὶ ἀνδρὸς ἐπιτίμια κείσθω . . ." *cf. cap. 30. ib.* Die am Schlusse der vorigen Anm. berührte Modification des dort besprochenen Satzes durch *Nou. 98. c. 2.* und *Nou. 127. c. 3.* wiederholt sich hier natürlich in ganz analoger Weise.

53) *Nou. 22. c. 46. §. 2.* „Εἰ δὲ ἀδιάθετος ὁ παῖς τελευτήσειεν, ἤδη πρὸς δευτέρους ἐλθούσης τῆς μητρὸς γάμους, ἢ καὶ ὕστερον ἐρχομένης, καλείσθω μὲν καὶ αὐτὴ μετὰ τῶν τοῦ παιδὸς ἢ τῆς παιδὸς ἀδελφῶν ἐπ

analog auf den zur zweiten Ehe schreitenden Vater ausgedehnt werden darf[54]). — Ebenso sollte c) nach *L. 4. C. ad*

---

capita . . . ἐξ ἀδιαθέτου πρὸς τὴν ἐκείνου διαδοχήν. ἀλλ' ὅσα μὲν ἐκ πατρῴας οὐσίας εἰς τὸν παῖδα περιῆλθον, τούτων μόνην ἐχέτω τὴν χρῆσιν εἰς δευτέρους ὅλως ἢ πρότερον ἢ ὕστερον ἀφικομένη γάμους . . ." (*cf. L. 8. C. Th. de legit. hered. V. 1.* = *L. 5. C. I. ad Sc. Tert. VI. 56.*) Besonderen Anstoss müssen hier freilich noch die folgenden Worte erregen „καὶ ταῦτα φαμὲν· ἐπὶ τοῖς πράγμασι τοῖς ἔξω τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς", indem darnach ja gerade die *donatio propter nuptias* von den vorhergehenden gesetzlichen Bestimmungen ausgenommen wird. Damit beabsichtigt Justinian indessen (denn an das *cap. 26.* unserer Novelle haben wir hier wohl nicht zu denken) keine materielle Abweichung von den eben gegebenen Regeln. Schon in *Nou. 2. c. 3.* §. *1.* war nämlich verordnet, dass die *mater binuba* durch die Beerbung ihres Kindes an der *donatio propter nuptias* kein Eigenthum erlangen solle; eine Verfügung, die sich daraus erklärt, dass der Kaiser, indem er in *Nou. 2. c. 1.* bei einer etwaigen Wiederverheirathung der Mutter den ersteehelichen Kindern sofort die Proprietät an der *propt. nupt. don.* zuwies, jene auf keinen Fall günstiger stellen wollte, als sie nach dem alten Electionsrechte (*cf. L. 6. C. de sec. nupt. V. 9.*) gestanden hatte. So bedurfte es denn in *Nou. 22.* einer besonderen Vorschrift hinsichtlich der *pr. n. donatio* nicht mehr, vgl. auch *Theodori Scholastici Breuiar. Nou. 22. c. 46. 47. ed. Zachariae, p. 41.* Mühlenbruch, Comm. Bd. 37. p. 386. Anm. 71. u. A. m. — Eine genauere Darlegung des historischen Entwickelungsganges dieser Verhältnisse gehört weniger hierher, als in die Lehre von dem ehelichen Güterrechte, s. deshalb besonders v. Löhr, Von der *propter nuptias donatio*, Arch. f. d. civil. Prax. Bd. XV. Nro. 20. p. 431—461. Bd. XVI. Nro. 1. p. 1—50. und hier namentlich p. 32 ff.

[54]) Die *Nou. 22. c. 46.* konnte sich unmöglich auf den Vater beziehen, indem dieser damals durch die Geschwister seines Kindes von der Erbfolge in dessen *aduenticia* ausgeschlossen wurde. Erst die *Nou. 118.* liess ihn neben den Brüdern und Schwestern desselben succedieren. Vgl. oben §. 10. p. 181 f. 188. Hier nun wegen des Grundes des Gesetzes, der für Vater wie Mutter gleich wirksam werden müsse, die *Nou. 22. c. 46.* über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus auszudehnen, kann — trotz der aus *L. 10.* §. *1. C. Th. de matern. bon. VIII. 18.* in Verbindung mit *L. 8. C. Th. de legit. hered. V. 1.* etwa zu entnehmenden Analogie — bei einer so singulären Vorschrift schon an sich nicht anders als höchst bedenklich erscheinen; muss diess in dem vorliegenden Falle aber um so mehr, als die Römer und namentlich Justinian die zweite Ehe der Frau strenger beurtheilen, als die des Mannes, ja der Kaiser es in *Nou. 2. c. 3.* sogar ausdrücklich hervorhebt, wie die Wiederverheirathung dem Vater von seinen Erbrechten

Sc. Tert. VI. 56. (vgl. *Nou. 22. c. 22.*) die sich vorzeitig zum zweiten Male verheirathende Wittwe an der Hälfte ihres Vermögens, welche sie zur Abwendung der Infamie den Kindern ihres früheren Mannes hatte überlassen müssen, bei deren Beerbung so lange keinen Antheil erhalten, als von dem Verstorbenen noch Bruder oder Schwester voller Geburt vorhanden war. Es unterliegt nach dem oben (§. 4. Anm. 32.) Gesagten keinem Zweifel, dass diese Bestimmung im heutigen Rechte keine Gültigkeit mehr hat. —

Eigenthümliche Modificationen bewirkt hier noch das Recht der väterlichen Gewalt[55]). 1) Bei der Beerbung des *in patria potestate* stehenden Kindes durch dessen Descendenten behält der *paterfamilias* den an den Adventicien des Erblassers ihm gebührenden Niessbrauch ungeschmälert (vgl. oben §. 14. Anm. 11. und gegen die abweichende Ansicht Puchta's, Pand. §. 436. Anm. h. und Anderer Arndts Pand. §. 433. Anm. 3.), so dass jene lediglich die *nuda proprietas* an ihren Erbtheilen empfangen. Hinterlässt aber das Hauskind keine Nachkommenschaft, und sind daher Eltern und Geschwister desselben zur Erbschaft berufen, so verliert der Vater die Nutz-

---

gegen die Kinder nichts entziehe, und diess als Motiv anführt, der Mutter das gleiche Recht zu gewähren, so dass man sieht, er betrachte diese Verschiedenheit nicht als nothwendige Folge des verschiedenen Erbrechtes beider Eltern, sondern als eine eigentliche Rechtsungleichheit, die jetzt eine Ende nehmen solle. Gerade eine solche Anschauung musste den Kaiser nun aber nöthigen, in *Nou. 22. c. 46.* oder wenigstens in *Nou. 118.* des Vaters speciell zu erwähnen und die Erstreckung des über die Mutter Verfügten auf ihn nicht als selbstverständlich anzusehen, sobald durch eine veränderte Erbfolgeordnung die Möglichkeit dazu eröffnet war, vgl. Marezoll, Zur Lehre v. d. Nachtheilen der zweiten Ehe. Giess. Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. Bd. V. Nro. 23. bes. p. 397—402. v. Vangerow, Pand. Bd. I. p. 488. So hat denn auch die neuere Praxis keinen Anstand genommen, die theoretisch richtige Ansicht zu adoptieren und sich von der Neigung der älteren zu analoger Anwendung jenes Satzes auf den *pater binubus* (vgl. deshalb *Joh. Fichard, Consil. Tom. I. cons. 50.* für Konr. Schmidt. Glück, Int.-Erbf. p. 593. Anm. 54.) frei zu machen, s. d. Entsch. d. O. A. G. zu Rostock Bd. I. p. 111 f.

[55]) Vgl. hierzu Rosshirt, a. a. O. p. 339 ff.

niessung an den Adventicien, indem er durch den Gewinn des Eigenthums an seinem Kopftheile eine ausreichende Entschädigung dafür erhält[56]). Demgemäss muss in dem von der Novelle nicht ausdrücklich berührten Falle, dass der Gewalthaber durch einen näheren Ascendenten von der Erbfolge ausgeschlossen wird, Alles ebenso gehalten werden wie da, wo dem Verstorbenen seine Descendenten succedieren. 2) Wird die Mutter durch ihre Kinder beerbt, so bekommt der Hausvater a) den Niessbrauch an den Erbtheilen derjenigen unter ihnen, die noch in seiner Gewalt stehen[57]), b) als nachträgliches *praemium emancipationis*, wenn die erbenden Kinder bereits aus seiner *patria potestas* entlassen, oder als Tochterkinder nie in derselben gewesen sind, den Niessbrauch einer Virilportion[58]). Bestritten ist

---

[56]) S. oben §. 14. Anm. 25. Die Entschädigung für den Verlust des Niessbrauches am Ganzen durch Ueberlassung des Eigenthumes an einem Theile findet sich auch sonst. Vgl. *L. 7. §. 1. C. ad Sc. Tert. VI. 56.* und dazu oben §. 10. Anm. 144. Ein weiteres Beispiel liefert das sog. *praemium emancipationis*, s. oben p. 174. — Freilich ist der im Texte aufgestellte Satz nicht ganz unbestritten, vgl. deshalb unten Anm. 60.

[57]) Nach der allgemeinen Regel, dass der Vater an den Adventicien der in seiner Gewalt befindlichen Kinder auf die Nutzniessung Anspruch habe. Die Absicht Justinian's, diese Regel auch in seinem neuen Erbsysteme fortbestehen zu lassen, ergiebt sich noch insbesondere *argumento a contrario* aus den in §. 14. Anm. 25. angeführten Worten der Novelle.

[58]) Ueber das eigentliche *praemium emancipationis*, s. oben p. 174. und 182. Die hier in Rede stehende Bestimmung wurde eingeführt in der umfangreichen *oratio* Valentinian's des Dritten vom 6. November 426. (*L. 9. §. 2. 4. C. Th. de matern. bon. VIII. 18.*), von wo sie auch in den Justinianischen Codex mit geringen Abänderungen hinüber genommen ist (*L. 3. C. I. de bon. matern. VI. 60.*). Fraglich bleibt es freilich, wie das Recht des Grossvaters gegenüber den Tochterkindern sich mit dem Niessbrauche des Vaters derselben an deren Adventicien, resp. dem ihm gebührenden *praemium emancipationis* vertragen habe. Schrader, Abhdlg. a. d. Civ.-R. Hannov. 1808. p. 112. giebt dem ersteren den Vorzug, indem er diess als eine Art der Erbfolge unter Ehegatten betrachtet. Wir haben uns gegen diese Anschauung schon oben §. 13. a. E. ausgesprochen, und können deshalb auch der darauf gegründeten Beantwortung unserer Frage nicht beistimmen. Ueberhaupt aber scheint der Kaiser dem Grossvater den Niessbrauch an dem Kopf-

hier die Berechnung des Kopftheiles, wo Enkel *in stirpes* succedieren. Das Consequenteste dürfte auch hier sein, dem Vater den Ususfructus an einem Stammtheile einzuräumen, welcher die Portionen der nicht in seiner Gewalt befindlichen Söhne und Enkel verhältnissmässig belastet, bei denen, die derselben unterworfen sind, aber ganz ausfällt, da hier dem Gewalthaber der Niessbrauch an dem ganzen Erbtheile gebührt[59]. 3) Concurriert in der zweiten Classe der Vater

---

theile nur bei den Enkeln geben zu wollen, welche *sui iuris* sind. „*Si uero ex nepotibus neptibusue . . . . alii in aui sunt potestate, id est mariti defunctae, alii sui iuris sunt, ... in his uero, qui sui iuris sunt, facultas capiendi ususfructus uirilis inter eos portionis habeatur.*“ Da diess offenbar mit Rücksicht auf die dem Schwiegersohne zustehende *patria potestas* geschehen ist, so dürfen wir im Geiste des Gesetzes ebenso den grossväterlichen Niessbrauch dem *praemium emancipationis* des Vaters hintansetzen, denn an eine Concurrenz beider ist wohl am allerwenigsten zu denken. —

[59]) Die im Texte vertheidigte Meinung ist namentlich von Baumeister, Anwachs.-R. p. 66 f. Puchta, Pand. §. 457. Anm. c. Vorles. Bd. II. p. 314 f. und Sintenis, Civ.-R. Bd. III. p. 354. Anm. 4. befürwortet worden. Weil es nun aber in *L. 3. C. I. cit.* heisst „*Quod si nepotes sint neptesue . . . . auus uirilis cum ipsis portionis habeat usumfructum*“ (vgl. auch die in der vor. Anm. angeführten Worte), hat sich die grössere Zahl unserer Juristen nicht berechtigt gehalten, hierunter eine Stammportion zu verstehen, sondern weist dem Grossvater in engstem Anschlusse an den Buchstaben des Gesetzes den Niessbrauch an einem Kopftheile, also wo z. B. fünf Enkel von zwei verschiedenen Kindern erben, an einem Sechstel zu, s. namentl. v. Vangerow, a. a. O. Bd. II. §. 415. Anm. 2. p. 60. 61. Früher hatte Schrader, Abhdl. a. a. O. bes. p. 127 ff. in noch anderer Weise jene Niessbrauchsportion berechnen wollen, und bei jedem einzelnen Enkelstamme besonders, nach der Zahl der dabei participierenden Personen bemessen, so dass in dem obigen Falle dem Grossvater bei der einen *stirps* die Nutzniessung an einem Drittel, bei der anderen an einem Viertel zukommen würde. Hierbei wird wenigstens ein Anstoss vermieden, der nach der Vangerowschen Theorie sich bald fühlbar macht. Wie soll es nämlich da gehalten werden, wo Söhne neben Enkeln concurrieren? Will man selbst dort bloss auf die Personenzahl der Erben sehen, so muss das Gemisch zwischen Kopf- und Stamm-Theilung in noch höherem Masse auffallen, als wenn man es bloss mit Enkeln verschiedener Stämme zu thun hat. Uebrigens ist es freilich zuzugeben, dass eine so complicierte Art der Berechnung, wie die, für welche sich Schrader erklärt, sich unmöglich unter dem Ausdrucke „*portio uirilis*“ erkennen lässt, und dass derselbe

mit Brüdern oder Schwestern des seiner *patria potestas* nicht untergebenen Verstorbenen, so

---

augenscheinlich nur durch das Bestreben, das Princip der Stammtheilung nicht gar zu arg zu verletzen, bewogen worden ist, den von ihm gewählten Mittelweg einzuschlagen. Gewiss muss man es dieser inneren Halbheit der Schrader'schen Ansicht zuschreiben, wenn z. B. Rosshirt, der sich anfänglich (Int.-Erbf. p. 182 f.) für dieselbe ausgesprochen hatte, später zu Vangerow übergegangen ist, und schliesslich sogar Schrader seine frühere Lehre aufgegeben hat (s. die desfallsigen Nachweise bei Vangerow, a. a. O.). Ist es nun wirklich mit dem Wortlaute der *L. 3. C. cit.* unvereinbar, an dem Principe der Stammtheilung hier festzuhalten? Erscheint es vielleicht weniger bedenklich, zu einem materiell befremdenden, den sonstigen Grundsätzen des Erbrechtes widersprechenden Resultate zu gelangen, als bei einem einzelnen Ausdrucke eine Ungenauigkeit des Gesetzgebers anzunehmen, zumal wenn man, wie hier, wahrscheinlich machen kann, wie der Redende zu dieser Ungenauigkeit veranlasst wurde. Der Kaiser versteht im Eingange der Constitution unter *portio uirilis* einen Sohnestheil. Konnte er da nicht, um denselben Begriff zu bezeichnen, dasselbe Wort wiederholen, wenn gleich in einer Verbindung, wo es genau genommen einen anderen Sinn hatte? Und sagt er nicht, es solle bei der Erbfolge der Enkel gerade so gehalten werden, wie bei der der Kinder? Meinte er damit vielmehr eine formell als eine materiell gleiche Behandlung? — Ein unmittelbar practisches Interesse hat diese Untersuchung allerdings nicht mehr. Das *praemium emancipationis* ist, jedenfalls in der hier davon gemachten Anwendung, gegenwärtig ausser Uebung. Vgl. Arndts, Pand. §. 436. Anm. 3. Rosshirt, Dogmengesch. d. Civ.-R. p. 340. A. M. namentlich Schrader, a. a. O. p. 109. 110.

[60]) Bei dem klaren Wortsinne des Gesetzes ist gegen diese Regel nur ein sehr vereinzelter Widerspruch laut geworden, vgl. deshalb v. Buchholtz, in d. Giessener Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. Bd. XIV. p. 301 ff. — Erheblicher sind die Bedenken, welche man dawider geltend gemacht hat, dass der bereits bestehende Niessbrauch des Vaters in Folge seines Miterbrechtes an dem Vermögen des in seiner Gewalt befindlichen Kindes völlig aufgehoben werde (s. oben Anm. 56.). Eine grössere Anzahl von neueren Juristen (vgl. die Citate bei Glück, a. a. O. p. 659. Anm. 59.) will nämlich auch in diesem Falle den Ususfructus des Vaters unverändert fortbestehen lassen, wie das da Rechtens ist, wo das Hauskind von seinen Descendenten beerbt wird, oder ihm denselben wenigstens an der Erbportion der Mutter bewahren (vgl. Glück, a. a. O. Anm. 58.); eine Ansicht, die zum Theil selbst in die Praxis übergegangen ist (Overbeck, Meditat. Bd. II. Med. 79.). Es wird einer besonderen Entgegnung auf diese letzte Lehre wohl kaum bedürfen, indem der Zusammenhang derselben mit dem Deutschen *ususfructus maritalis* offensichtlich vor-

empfängt er seine Virilportion zu vollem Eigenthume, aber keinen Niessbrauch weiter an dem Erbe seiner Kinder[60]).

---

liegt (vgl. namentlich *Carpzow, Iurisprud. forens. Pars III. Const. 17. defin. 1.*). Die Behauptung dagegen, dass der väterliche Niessbrauch einfach fortdauere, hat allerdings mit einheimischen Rechtsanschauungen nichts zu thun. Man beruft sich dafür auf *L. 7. §. 1. C. ad Sc. Tertull. VI. 56.*, wo es heisst „*Sin uero defuncta persona in sacris patris constituta decesserit, pater quidem usumfructum, quem et uiuente filio habebat, teneat, donec uiuat, incorruptum*", eine Verordnung, welche in *Nou. 118.* nirgends ausdrücklich aufgehoben werde; denn die deshalb angezogenen Worte des *cap. 2.* (s. oben §. 14. Anm. 25.) untersagten bloss den Erwerb eines neuen, nicht den Fortbestand des einmal begründeten Niessbrauches, dessen Natur es vielmehr entspreche, erst mit dem Tode des Inhabers unterzugehen. Hierauf ist indessen zu erwidern, dass der von der Novelle 118. gebrauchte Ausdruck „*ἐκδικεῖν*" so allgemein gehalten ist, dass jegliches Inanspruchnehmen des Niessbrauches an den Erbtheilen der Kinder oder Mutter dadurch ausgeschlossen wird, dass es somit darauf nicht ankommen kann, ob derselbe vor dem Eintritte des Erbfalles dem Vater an den Adventicien zugestanden habe oder nicht. Und gewiss würde Justinian es nicht unterlassen haben, die Fortdauer jener Nutzniessung ausdrücklich zu verfügen, wenn er sie wirklich gewollt hätte, wie er diess ja in cap. 1., wenn das Kind von seinen Descendenten beerbt wird, gethan hat. Er musste diess um so mehr, als noch zwischen den Adventicien und dem *peculium castrense* des Verstorbenen zu unterscheiden gewesen wäre, denn dass an letzterem dem Vater kein Ususfructus erworben werde, räumen die Gegner selbst ein; überhaupt aber beruht der väterliche Niessbrauch auf der *patria potestas*, und geht folgeweise mit dieser unter (vgl. oben §. 10. bes. Anm. 138.); die in *L. 7. §. 1. C. cit.* angeordnete Fortdauer desselben ist eine Singularität, welche den Gewalthaber für das ihm entzogene Erbrecht entschädigen sollte, keinesweges eine innerlich nothwendige Folge aus der Natur des Rechtsverhältnisses. Für die oben im Texte ausgesprochene Ansicht fällt endlich noch das klare Zeugniss des Athanasius (*Nou. Tit. IX. const. 10. Heimbach, Anecd. I. p. 104.*) ins Gewicht. „*οὗτοι γὰρ μετὰ τῶν οἰκείων γονέων συναναπέμπονται . . . . καὶ μηδὲ τὴν χρῆσιν αὐτοῖς φυλάττοντες ἐπὶ τούτοις τοῖς πράγμασιν, μηδεμιᾶς οὔσης διαφορᾶς . . . . . εἰ ὑπεξούσιός ἢ αὐτεξούσιός ἐστιν, ὃν διαδέχονται.*" Aus diesen Gründen hat sich denn auch bei weitem die überwiegende Mehrzahl unserer Juristen für die von uns vertheidigte Auffassung entschieden, und unter ihnen selbst solche, welche wie z. B. Seuffert (vgl. sein Pand.-R. 3. Aufl. Bd. III §. 488. Anm. 17.) sich ehemals für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen hatten. Vgl. überhaupt v. Vangerow, Pand. Bd. II. §. 416. Anm. 3.

Gedruckt bei E. Polz in Leipzig.

Holtzendorff, F. von, Bemerkungen und Beobachtungen über den gegenwärtigen Zustand der irischen Gefängnißeinrichtungen. gr. 4. geh. 10 Ngr.
(Aus der Allg. Deutsch. Strafrechtszeitung 1862 besonders abgedruckt.)
——— die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmasse und zu den Strafzwecken. 8. geh. 20 Ngr.
——— französische Rechtszustände, insbesondere die Resultate der Strafgerichtspflege in Frankreich und die Zwangscolonisation von Cayenne. — Zwei Vorträge. 8. geh. 10 Ngr.

Höpfner, L., Entwurf einer bürgerlichen Gerichtsordnung für Deutschland, nebst dazu gegebener Begründung. 2, Ausg. gr. 8. geh. 1 Thlr.
——— Rechtsfälle zum Gebrauche eines Civil-Process-Practicum. Semester 1—3 oder Fascikel 1—120. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22½ Ngr.

Kaim, Js., das Kirchenpatronatrecht, nach seiner Entstehung, Entwickelung und heutigen Stellung im Staate, mit steter Rücksicht auf die ordentliche Collatur. Erster Theil: die Rechtsgeschichte. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22½ Ngr.
——— Revision der Sächsischen Rezesse von 1740 und 1835 mit dem Hause Schönburg. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Ngr.

Kritz, P. L., Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben. Mit wissenschaftlichen Excursen versehen. 1—5. Bd. gr. 8. 10 Thlr. 6 Ngr.

Languet, H., Vindiciae contra tyrannos. Ueber die gesetzliche Macht des Fürsten über das Volk und des Volkes über den Fürsten. Nach der Ausgabe von 1580 bearbeitet von R. Treitschke. gr. 8. 1 Thlr.

Marezoll, Th., das gemeine deutsche Criminalrecht, als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. Aufl. gr. 8. geh. 3 Thlr.
——— Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 7. Aufl. gr. 8. geh. 2 Thlr. 15 Ngr.

Metzsch, H. A. von, die Vorschriften der Königl. Sächs. Strafproceßordnung vom 11. Aug. 1855, betreffend das Verfahren in gerichtsamtlichen Untersuchungen unter Berücksichtigung der strafproceßrechtlichen Verordnungen und Entscheidungen bis zum Ende des Jahres 1858 bearbeitet. gr. 8. geh. 16 Ngr.

Osenbrüggen, E., de jure belli et pacis Romanorum liber singularis. 8 maj. 15 Ngr.

Puchta, G. F., Pandekten. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von F. A. Rudorff. 9. Aufl. gr. 8. geh. 4 Thlr.

Die Reichsgesetze in Portemonnaie-Format.
I. Verfassung des deutschen Reichs. 2 Ngr.
II. Entwurf der Verfassung des deutschen Reichs nach der Uebereinkunft der Kronen in Preußen, Sachsen und Hannover. 2 Ngr.
III. Allgemeine Wechselordnung für Deutschland. 2 Ngr.

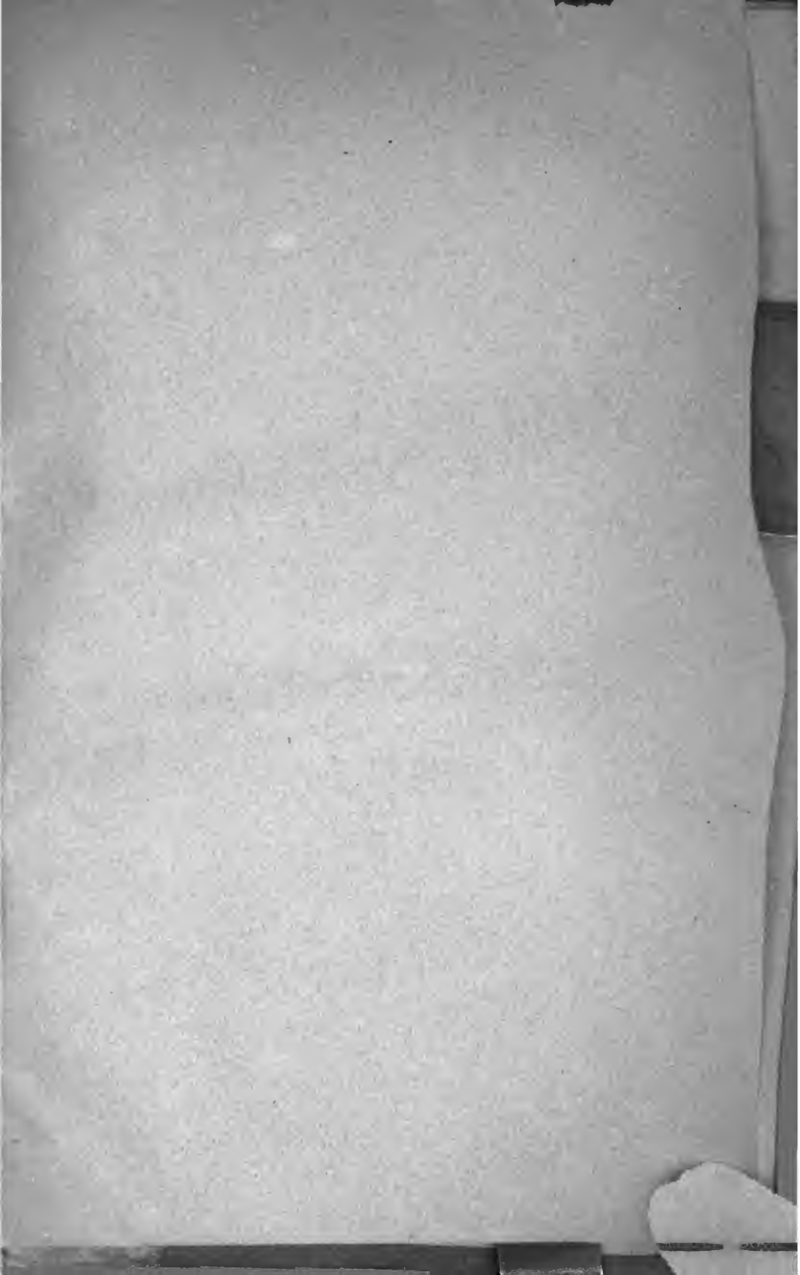
Schück, C. E., Die Einzelhaft und ihre Vollstreckung in Bruchsal u. Moabit. Nebst Grundrissplänen in Steindruck und Tabellen. 8. geh. 24 Ngr.

Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung zur Förderung einheitlicher Entwickelung auf den Gebieten des Strafrechts, des Strafprocesses und des Gefängnißwesens, sowie für strafgerichtliche Medicin. Herausgegeben von Prof. Dr. Franz von Holtzendorff. (Wöchentlich 1 Bogen. gr. 4.) Preis für 1 Quartal 1 Thlr.
(Erschienen der erste Jahrgang 1861 vollständig; wird fortgesetzt.)

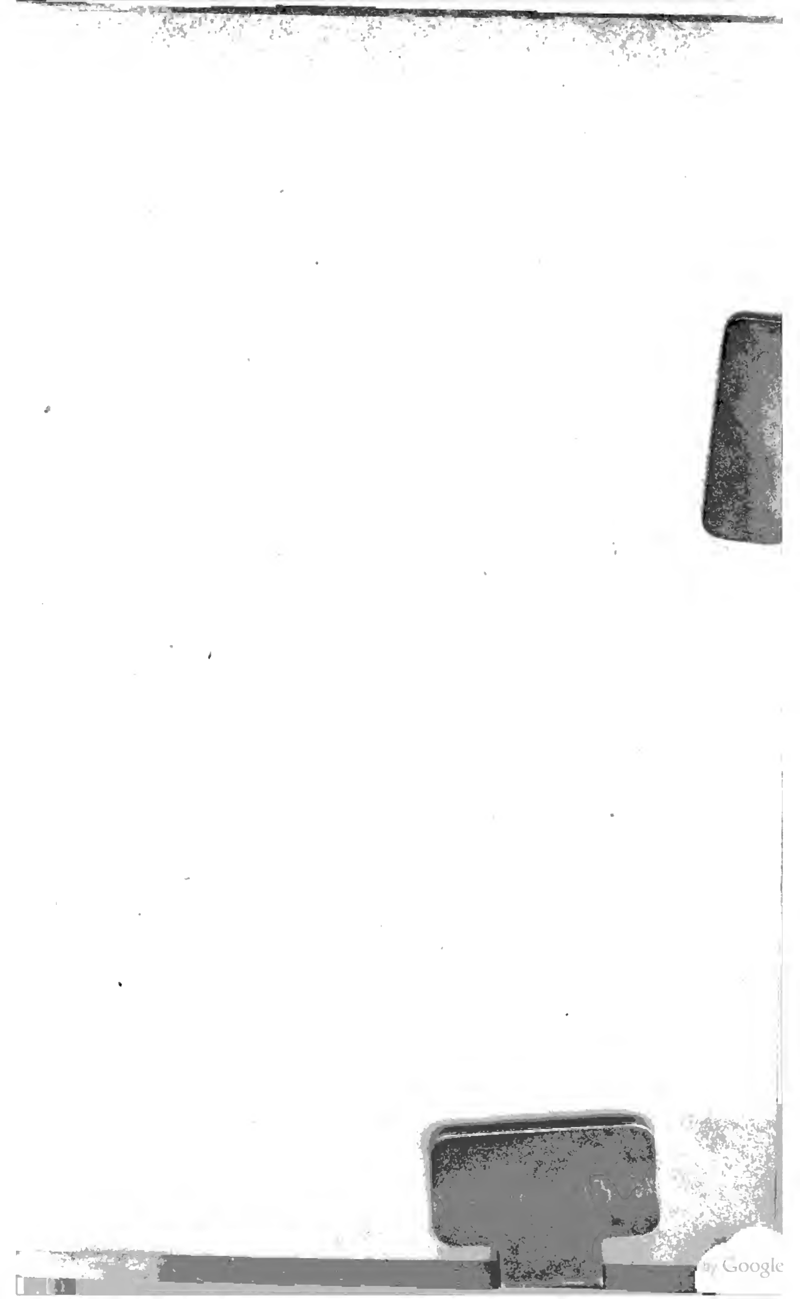
Sundelin, P., Die Einigung des deutschen Strafproceßrechts auf der Grundlage der neuesten Particulargesetze. gr. 8. geh. 12 Ngr.
(Aus der Allg. Deutsch. Strafrechtszeitung 1861 besonders abgedruckt.)

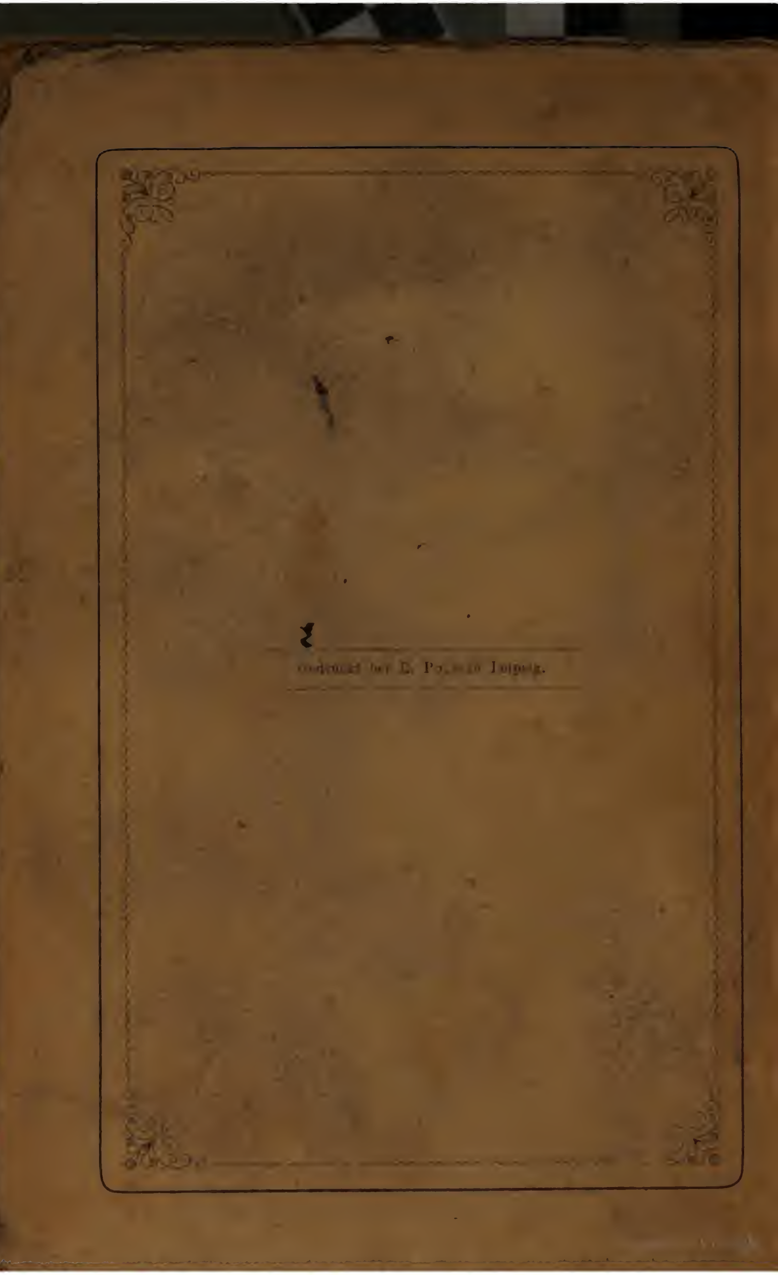
Treitschke, G. C., alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze. 2 Bände. gr. 8. 7 Thlr.

Unterholzner, K. A. D., ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2. Aufl. bearbeitet von Th. Schirmer. 2 Bände. gr. 8. geh. 5 Thlr.
——— quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Herausgeg. von Ph. E. Huschke. 2 Bände. gr. 8. 7 Thlr. 21 Ngr.








Gedruckt bei E. Polz in Leipzig.